HUGONIS DONELLI OPERA OMNIA.

HUGONIS DONELLI

IURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI

Tomus Secundus

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.





LUCÆ MDCCLXIII.

Typis Joannis Riccomini.

CENSORUM PERMISSU.

LECTORI BENEVOLO

JOANNES RICCOMINI

S. P. D.



Uod Ego pollicitus eram, tuque summopere expetieras Studiose Lector, ut primo Civilium Commentariorum Volumini, quod avide arripuisti, non longo intervallo alterum succederet: assidua cura, nec modico labore meo, ut promissi fidem exsolvam, & enixæ tuæ voluntati satisfaciam, perfectum est. Hoc itaque Secundum *prodit mea Opera, & ipsum diligenti & nitido prælo excusum*; & Primo *illi, si non etiam argumenti usu, præstantia, dignitate superius; certe rerum & doctrinarum maxima affinitate coniunctissimum. Acquisitionem namque dominiorum, quam illud* Primum *a quarto Libro inchoaverat*, Secundum *hoc continuatam ambitu suo ferme comprehendit; etsi non omnino perfectam, (ne quid dissimulem) dominii rerum tractationem, cumulatamque præbet. Qua de causa & sex integros Libros, quos* DONELLUS *secundo volumine Francofurtianæ Editionis complexus fuit, libentissimo animo huic meo adiecissem, ut argumentum illud hic totum plene concluderetur. Sed duorum postremorum ex illis fuit seiunctio necessaria, ut in magnitudine Voluminis satis multis* HILLIGERI *notis adaucti, quædam* decori *forma, atque elegantia servaretur: quod plus iusto mole* reliqua *superaret, si præterea decimi atque undecimi librorum fieret accessio. Ne tamen illorum desiderium forte haud æquo animo feras, humanissime Lector, illud affirmo fore, quod & præstabo, ut in tertio Volumine, quod non diu postea e typis prodibit, primum ipsi locum occupent. Quorum propterea, uti & præteritorum, exoptata & bonæ frugis plenissima lectio animum tuum nova maximaque iucunditate complebit quantocyus. Hoc te monitum volui amicissime, ne cum insequentem*

dedicationis Epistolam legeres, quam secundæ sui Operis Parti seu volumini præposuit DONELLUS *(quod præclari viri monumentum, & huius voluminis quasi vestibulum omittere aut interpolare mihi religio fuit) postremos ex iis sex libris ibidem laudatis desiderares, mihique eo nomine succenseres. Quod fore ne accidat, & humanitati tuæ confido; & me tibi, ea qua dixi de causa, merito excusatum puto.*

AMPLIS-

AMPLISSIMIS,

E T

NOBILISSIMIS DOMINIS,

MAGNIFICIS CONSULIBUS,

GRAVISSIMOQUE SENATUI INCLYTÆ URBIS

Noribergæ, S.



UÆ operæ de universo iure scribendi a nobis institutæ vestris auspiciis progredi cœperant, en pergunt, amplissimi Domini, iisdem ducibus vobis. Pergunt autem? Immo vero novis meritis, & novo favore vestro incitatæ, non iam ex illo pergunt; sed contento cursu stadium propositum urgent. In quo & se ipsas, si liceat, vincere conantur, dum se amplitudini vestræ pro fide atque officio penitus probare student. Nec abs re. Meminerunt enim, uti antea ab illa solita humanitate vestra sint exceptæ. Meminerunt, inquam, ita se a vobis esse acceptas (fas sit verecundis de se non arroganter loqui) facile ut illæ mecum intelligerent, & auctorem acceptum vobis, & munus in his deferendis non ingratum fuisse. De auctore nihil novum; quem totum voluntate & benevolentia vestra iam a principio vobis complectendum statuistis. De munere, abunde, quod dixi, munificentia vestra comprobavit: ut profecto si antea hæ vobis operæ debitæ non fuissent, quæ tamen, ut & alia nostra, pro meritis debere se fatentur; nunc quidem demum se vobis debitas esse agnoscerent. Adiiciunt igitur prioribus libris sex sequentes. Quos, ne sit mirum, si volui in eodem illo illustrissimo nomine vestro apparere. Secutæ sunt enim operæ creditores suos: non quæ ineptæ peterent præmii aliquid eo nomine apponi sibi: sed quæ debitrices, & quidem maxime debitrices, sint sollicitæ, non quomodo meritis vestris respondeant, quod consequi non possunt: sed quomodo vobis perpetuum illud, & non nunc primum natum, sed vetus satisfaciendi studium, si qua via detur, pro se quoque ipsæ ostendant. Quamquam ad voluntatem vobis eadem hæc deferendi accessit etiam rerum his libris sex sequentibus tractatarum cum prioribus coniunctio, quam a me divelli non oportuit. Quæstionem enim de rebus privatis cœptam, quæ prioribus libris imperfecta relicta erat, hi libri sex, qui proxime sequuntur, absolvunt: non solum ut explicent, quomodo perficiatur ea acquisitio, qua res privatæ & singulorum fiunt: sed etiam ut adiiciant id, cuius caussa hæc omnis instituta erat tractatio; quo iure scilicet hæ res habeantur, sive quod sit ius cuiusque in rebus privatis tum suis, tum alienis. Quæ cum

omnia in eadem cognitione posita essent: non debui committere, ut qui priorem partem iure suo occupassent, non etiam ad eos, praesertim cum his maxime omnium deberetur, haec pars posterior perveniret. Quod si priores libri vobis grati fuerunt: spero hos non minus apud aequanimitatem vestram eodem loco futuros. Sunt certe in eam rem studiose a nobis elaborati; & quod praecipue ad rem pertinet, continent ea, quorum cognitionem ab omnibus in iure civili maxime expeti scio, cum propter utilitatem atque usum argumenti, tum propter rerum obscurarum, quae in hoc genere versantur, difficultatem. Ac de accuratione, & tractatione operis nostra nihil dicam; de rebus dicam. Continent hi libri sex omnem rationem hereditatum & successionum, quae per universitatem contingunt: rem testamentariam, & supremae voluntatis testationem omnem, tam quae est de hereditate, & universi iuris successione qualibet, quam quae de legatis & fideicommissis rerum singularum, res & numero immensas, & per se maxima ex parte explicatu difficiles. Rerum autem acquisitione ex suis caussis constituta, quae res privatas faceret, subiecta est ea tractatio, quam dixi, quae huic parti de rebus privatis institutae fastigium imponeret: tractatio de iure rerum privatarum, sive id quaeratur, quid sit iuris nostri in rebus nostris; sive quid in rebus alienis. Quae quam multa sint, & qualia, quamque ad hunc locum pertinentia; tum quibus remediis obtineantur, tam cognoscere operae pretium est, quam scio maximam partem ignorare. Et quoniam referuntur haec nostra ad utilitatem publicam, quam eamdem praecipue vobis caram esse; vel potius ad quam erectis animis consilia & studia vestra contendere, tot egregia facta, tam praeclara merita in rempublicam & literas palam testantur: optavi utraque de caussa exhiberi potuissent vobis & publico hae operae celerius. Et vere ut fieret, contendi. Sed me & rerum amplitudo, & argumenti difficultas retardavit. Quorum utrumque in his quale sit, plerosque vestrum, ut aliarum rerum magnarum laude conspicuos, ita iuris civilis cognitione praestantes scire non ignoro. Verumtamen haec ipsa mora atque accuratio operis diligentior attulerit aliquid fortasse, quo & utiliores libri in manus hominum veniant, & eo sint, qui amplissimo nomini vestro inscriberentur, digniores; vobis pro perpetuo & constanti studio vestro in rempublicam gratiores. Equidem utrumque ita futurum confido. Quod si Deus dabit, optumam in his voti mei partem ero consecutus. Valete, amplissimi Domini. Altorfii urbe vestra. Calendis Maii, CIↃ. IↃ. XC.

Amplitudinibus vestris, ut si quisquam
omnium, deditissimus,

aut si quid est hic etiam ab omni officio
& pietate, quod maius & amplius
liceat dicere,

HUGO DONELLUS.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

XII.

LIB. VIII.

Lib. IX.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI

LIBER SEXTUS.

De acquisitione iuris civilis, quæ per universitatem contingit. Quæ quia contingit maxime per hereditatem; & hæc præcipue defertur testamento: hinc præcipua, & in hac specie prima tractatio de testamentariis hereditatibus. Unde initium de testamentis, deque heredum institutionibus, & substitutionibus, quæ tria potissimum hic liber complexus est.

CAPUT I.

Acquisitionem iuris civilis, quæ per universitatem contingit, positam esse in successione universi iuris cuiusque. Hoc modo succedi & viventi, quod fit per *Arrogationem*, aut *Monasterii ingressum*, atque hæc quatenus: & mortuo, atque hoc solum per *hereditatem*, etsi hæc acquiritur varie, alias *recta*, alias per *bonorum possessionem*, alias per *addictionem bonorum* libertatum conservandarum caussa.

Rerum nexus, & Auctoris propositum, eiusque ratio. I.
Quid universitas rerum, quid per universitatem acquirere. II.
In universum ius alterius succedimus vel eo vivo, vel mortuo. III.
Eo vivente per arrogationem, & ingressum Monasterii. IV.
Arrogatione quatenus pater adoptivus succedat in bona Arrogati, & quare. V.
Monachus nihil proprium habere potest. Omnia eius bona monasterio acquiruntur. Quid, si liberos habeat. VI.
In universum ius defuncti succedimus hereditate. Huius acquirendæ modos esse bonorum possessionem, & bonorum addictionem libertatum conservandarum causa. VII.

I. Dixi superiore Libro, quibus modis res singulæ corporales nobis acquirantur iure civili. Sequitur, videamus, quibus modis acquirantur per universitatem, quod erat alterum genus a nobis propositum, quo res iure civili acquirantur, ut sunt genera hæc distincta in §. *ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Sic tamen nunc de hoc posteriore genere dicetur: ut huic adiungatur una species ex superiore, quam argumenti coniunctio non patitur ab hoc loco separari. Ea est species, in qua de legatis, & fideicommissis agitur, modis quidem rerum acquirendarum iis, quibus res singulæ acquirantur: sed tamen eiusmodi, qui & originem, & vim omnem, atque exitum cum hoc loco com-

munem habeant. Agitur enim maxime in hac parte de hereditate obtinenda, ex qua potissimum acquisitio per universitatem contingit; ac propter hereditatem agitur de testamentis, omnique suprema voluntate, quibus hereditates recte deferuntur. Atqui legata, & fideicommissa non solum communem cum hereditate successionem habent in bona defuncti: sed etiam ex eadem voluntate sunt; eiusdemque voluntatis pars cum sint; iisdem praeceptis, & regulis iuris continentur, ut ex his pariter aut consistant, aut cadant. Facit igitur hæc coniunctio, & caussa, atque origo harum rerum communis, ut post hereditates testamentarias cognitas cogamur per consequentiam etiam de hoc genere acquisitionis rerum singularum in hac parte dicere, scilicet ut res tota testamentaria eodem loco explicetur, quam scimus, in bonis distribuendis, his rebus constare, hereditate deferenda, tum legatis, & fideicommissis. Et ad hunc quoque modum istarum rerum tractationem coniunctam videmus in *Pandectis*, *Codice*, & *Institutionibus*. Sed de ea acquisitione, quæ per universitatem est, & de qua institutus est sermo, prius cognoscamus.

II. Universitatem [1] hic vocamus iuris alieni universi comprehensionem, seu ius universum alterius, non res separatas, & singulas. Qualem universitatem esse dicit Ulpianus hereditatem, & bona, seu patrimonium cuiusque in *L.* 3. *in pr. D. de bonor. possess.* qualis est denique universitas alieni iuris, quæ obtingit per hereditatem, & bonorum possessionem, itemque arrogationem, & addictionem bonorum, species huic generi subiectas in *d. §. ult. per quas pers.* Per universitatem huius iuris res nobis acquiri dicuntur, cum ius ipsum alterius semel, & universim sine alia rerum designatione ad nos transit. Id autem fit, dum in id ius universum succedimus; &, ut de bonorum possessione Ulpianus loquitur, fit per universitatis successionem, qua succeditur in ius alterius, suscipiturque eius rei commodum, & incommodum. *d. L.* 3. *in pr. de bon. poss.* Nec vero aliter universitatis huius acquisitio est, quam per universi iuris successionem, ut superiores illæ species huius generis declarant, quibus dicuntur apud Iustinianum hoc modo res acquiri, *d. §. ult. per quas pers.*

III. Successio, qua in ius universum alterius succeditur, duplex est. Aut enim viventi hoc modo succeditur, aut mortuo.

IV. Viventis in bona succeditur duobus [2] modis; arrogatione, & ex constitutionibus Iustiniani, monasterii ingressu.

V. Arrogatione succedit arrogator in bona universa arrogati. *§. ult. Inst. per quas pers. Inst. de acq. per arrog.* Hanc successionem efficit potestas iure constituta in arrogatum, cuius hæc vis est olim iure civili: ut filiusfamilias nihil suum habere possit; sed, quidquid acquirit, aut quæsitum habet, id totum acquirat patri, cuius in potestate est. *§.* 1. *Inst. per quas pers.* Non mirum, hoc statui de bonis, cum & persona ipsa tota sit in potestate patris, ut suo loco diximus. Unde dictum a Papiniano, eum, qui se dat arrogandum, cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam, nempe arrogatoris patris, transferre. *L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Sed meminerimus, nihil hic amplius tribui arrogatori, quam legitimo, & naturali patri. Est enim arrogatio imago naturæ. *L. filio, D. de lib. & post. §. minorem, Inst. de adopt.* Neque enim arrogatus natura filius est; sed, quasi sit, ita habetur. Alioqui iustis nuptiis veri filii patri fiunt. Absurdum fit autem, plus esse in imagine, quam in re ipsa, & veritate naturæ. Quapropter, ut filii, qui ex iustis nuptiis procreati sunt, quamvis sint in potestate patris, non tamen ei indistincte omnia acquirunt ex constitutionibus, sed pro ea distinctione, quæ traditur in *§.* 1. *Inst. per quas pers.* ita par est, nec bona arrogati ad arrogatorem transire, aut deinceps ei acquiri, nisi iuxta eamdem distinctionem. Sed & mortuo filio arrogato, in bona eius, quatenus patri quæ-

1) Vult. *in pr. I. de test. n.* 5. Cum dicimus acquiri universitatem, non spectamus res ipsas (nam & donatione, ac usucapione res universales; successione singulares acquiruntur): sed ius acquisitionis, quod illic singulare, hic universale. Illic res universales considerantur, ut singulares, hic contra. Hinc in *d. §. ult. I. per quas pers.* non dicitur acquiri universitas, sed per universitatem: ubi *per* significat ius, seu titulum, non rerum qualitatem, aut quantitatem. Aliud est universaliter acquiri; & titulo universali. Nam & hereditas vendita, titulo singulari acquiritur. Alex. Picenard. *ad Rub. I. de testam.* De septem speciebus acquisitionis per universitatem vid. Cont. 1. *Disp.* 12.

2) Cai. 2. *Inst.* 2. §. 1. Olim & in manum conventionem fuisse successionem universalem, & per eam omnia, quæ mulieris fuerunt, viri facta dotis nomine, ex Cic. *in Top.* probat Cont. 1. *Disput.* 12. ideoque in *d.* §. 1. apud Caium pro *emtione*, reponit *coemptione*. Verum puto, Caium intellexisse per *emptionem*, successionem per bonorum venditiones, quam, *emptionem bonorum* vocat Iustin. *Tit.* 1. *de success. sublat. qua fieb. per bon. vend.* de qua vid. idem Cont. 2. *Subsec. Lect.* 18. *n.* 6. Walth. 1. *Misc.* 8. Cuiac. *ad L.* 57. *de V. S.*

quæsita non sunt, eamdem filiorum, & cognatorum eius successionem esse, oportet. Quod totum quale sit, explicatur in *d. Tit. de acq. per arrog. in pr.* & *§. ult.*

VI. De ingressu 3 monasterii sic cavit Iustinianus *Novell. 5. de Monach. §. illud quoque*, unde *Auth. ingressi, C. de sacr. eccles.* Ut, qui monasterium ingressi sunt ita, ut in numero monachorum esse inciperent, statim desinerent quidquam proprium habere: eorum autem universa bona ad monasterium transirent. Quam & ipsam successionem in ius universum viventis monachi esse, apparet. Addidit idem postea hanc exceptionem *Novell. de sanct. Episc. §. si qua mulier*, extra quam si monachus liberos habeat, inter quos etiam post ingressum monasterii permisit patri bona, quæ ante habuit dividere, iisque tantum dare testamento, quantum vellet, dum ne minus, quam legitimam portionem. Si quid relinquatur, quod non det: id totum vult manere monasterii. Quod cum cautum sit posteriore constitutione: intelligi debet, hactenus priori illi derogatum fuisse. *L. ult. D. de const. Princ.* Idque eo magis, quod prior generalis est, posterior de specie tantum eius generis. Quæ res facit, ut, quamvis posterior hæc esset prior: tamen posteriore generali in hac specie non mutaretur. Hoc enim est, quod dicitur, in toto iure generi per speciem derogari. *L. in toto iure, D. de reg. iur.* Significatur enim, semper generali constitutioni derogari per speciem alia constitutione exceptam. Nam est hæc constitutio Iustiniani (*) *ex opinione illorum temporum. Invaluerat enim iam ante eius tempora in ecclesia hæc opinio, ut singularem quamdam religionem, ac* (**) *tantum non summam religionis statuerent in monachatu. Declarat diligens ordinatio eiusdem Iustiniani de monastica vita, tanquam instituto longe omnium sanctissimo, in Novella de Monachis, & asceteriis*, 133. Nec minus (***) *religiosum, & sanctum institutum habebatur, monachos bonis omnibus renuntiare, nihil suum habere, sed omnia conferre in commune, non ut ullam partem in his sibi monachus vindicaret, ut sit in rebus communibus:* sed ut totum esset monasterii. Quod & Iustinianus constitutione sua confirmavit. Quam recte utrunque, sciri potest ex (****) verbo Dei, ex quo statuendum est de omnibus, quæ ad cultum Dei, & veram religionem pertinent; non ex ullis hominum placitis, aut constitutionibus.

VII. Mortuo universim succeditur per hereditatem tunc, cum hereditatem defuncti iure obtinemus: &, ne plura genera anxie hic requiramus, per hanc solam. Per hereditatem succedi defuncto in ius omne, constat. *§. ult. Inst. per quas pers.* Indicat definitio hereditatis, quæ definitur successio in universum ius defuncti. *L. nihil, D. de verb. sign.* De qua definitione mox plura. Sed hoc amplius dicimus, non succedi defuncto, nisi per hanc ipsam hereditatem, cum eam iure obtinemus, ne forte ad hanc successionem in aliis rebus, quam in una hereditate acquirenda, investigandam magnopere occupemur. Nam illæ species quæ adiiciuntur in *d. §. ult. per quas pers.* bonorum possessio, item bonorum addictio libertatum conservandarum caussa, nihil aliud tribuunt quam hereditatem. Denique non sunt hereditas: at sunt modi huius acquirendæ, nec vero per hæc res nova obtinetur, sed sola & ipsissima hereditas. Bonorum possessio verbo tribuit possessionem bonorum, unde & definitur non patrimonium, sed ius persequendi, retinendique patrimonii: *L. 3. §. bonorum, D. de bon. poss.* re autem vera tribuit ipsa bona, & hereditatem, per quam succeditur in ius omne defuncti non secus, quam si heredes iure civili essemus. *L. 1. d. L. 3. in pr.* & *duobus §§. seqq. eod. tit.* Unde & bonorum possessores in omnibus vice heredum habentur. *L. 2. D. de bon. poss. §. quos* au-

3) Monachi enim nihil suum habere possunt *Cap. ad monasterium, de stat. monach.* Et bona eorum, etiam quoad possessionem, sine corporali apprehensione transire, scribit Vasq. 3. *Ill. Contr.* 105. *n.* 20. Vid. Tiraq. *de Retr. Lignag. §. 1. Gl.* 8. *n.* 20. *& seqq.* & in *Tr.* Le mort saisit le vif *P. 2. Declar.* 15. *n.* 9. Clar. *§. testamentum, Q.* 28.

(*) Monasticæ vitæ, institutique sanctitas, atque religio non vulgi opinione constat, sed iuris divini auctoritate, divinisque oraculis. Quod luculenter demonstrat doctissimus Bellarminus *Disput. de Controvers. Christian. Fid. T. I. Controv. General. V. Cap. 9. & seqq.* Eius autem origo magno intervallo antecessit ea tempora, quibus eam Novatores acceptam referunt. Vid. Bellarmin. *L. c. Cap.* 5.

(**) Imo longe abest, ut religionis summam in monastices instituto unquam collocaverit Ecclesia catholica. Sed ne Imp. quidem Iustinianus *Nov.* 133. quam Donellus iniuria carpit. Novatorum calumnias, quibus redolet Donellus, probe refellit idem Bellarmin. *L. c. Cap.* 6.

(***) Imo vero abdicatio bonorum ita coniuncta est cum instituti monastici natura: ut eorum retentionem esse vitæ cœnobiticæ corruptionem, recte asserat idem Bellarmin. *L. c. Cap.* 3.

(****) Vid. *Not.* * *ad Lib. II. Cap.* 4.

autem, *Inst. de bon. poss.* Ipsa autem addictio bonorum non obscure hereditatem tribuit. Tribuit enim bona, quod ipsum verbum demonstrat. *Inst. de eo, cui lib. cons. caus. bon. addic.* Bona autem in successione defuncti hereditatem significant. Certe quæ hereditatis definitio est in *d. L. nihil*, *de verb. sign.* eadem est & bonorum in *d. L.* 3. *in pr. de bon. poss.* Quamobrem, si cognoverimus, quid sit hereditas, & quomodo hereditas cuiusque ad nos pertineat: simul intelligetur id quod nunc quæritur, quomodo succedamus per universitatem in ius defuncti cuiusque, seu quomodo id ius omne iure nostro obtineamus. Est autem hereditas res illa incorporalis, de qua supra in divisione rerum diximus, eam ex omnibus incorporalibus unam esse, quæ in iure per se consistat, non cohæreat aut ulli personæ, aut rebus nostris. De qua ideo & tum diximus, ordinem acquisitionis rerum, quæ ex iure civili est, postulare, ut, cum de rebus corporalibus hoc iure acquirendis dixissemus, deinceps & de hac acquirenda, quæ iure res esset, nec minus per se consisteret, quam corporales, in hoc genere cognosceremus. De quo sequitur ex instituto, ut cognoscamus, eadem opera consecuturi non tantum posteriora hæc, quæ de hereditate quæruntur, qualis res sit videlicet hereditas, & quam recte de ea hoc loco post res corporales agatur: sed etiam priua illud, ad quod omnis de hereditatis acquisitione tractatio refertur, & in quo est hereditatis effectus, de quo eodem potissimum ante institutum est quærere; ut sciamus, quomodo in ius illud universum defuncti succedatur, quando non succeditur, nisi per hereditatem.

CAP. II.

Hereditas quid. Definitio veterum exposita. Cur dicta *successio*, idest res, quæ successerit in ius defuncti: & cui bono hereditatem fingi, rem talem esse.

Hereditas quid sit. I.
Successionis *verbum quam varie accipiatur*. *Quid significet in definitione hereditatis*. II. III. IV. VII.
Hereditas in iure consistit. V.
Quamobrem fingatur hereditatem esse rem, quæ successerit in ius defuncti. VI. VII.

I. Hereditas sic definitur a nostris: *Successio in universum ius, quod defunctus habuit* tempore mortis. *L. hereditas*, *D. de reg. iur. L. nihil*, *D. de verb. sign.* In universum ius, idest in commoda, & incommoda omnia defuncti. *L.* 1: *L.* 3. *in pr. D. de bon. poss.* Commoda, ut dominium, ut actiones, & retentiones, quas ille habuit: *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* incommoda defuncti, ut contineantur hoc verbo non tantum æs alienum, quo ipse tenebatur, sed etiam ea onera, quibus ipse heredes suos obstrinxit vel promittendo quid, vel ab his legando, *L.* 2. *C. ad Trebell.* ut *iuris* verbo hic intelligamus non tantum ius, quod defunctus habuit in alios: sed etiam quo ipse tenebatur aliis, aut fecit, quo alii tenerentur.

II. *Successionem* Bartolus *ad Rubr. de acq. her. D. hic.* recte sic accepit, rem, quæ successit, ut sit hereditas res quædam, seu universitas iuris, quæ ipsa successit in ius defuncti. De quo quia non convenit inter omnes, & significatio videtur a verbo alienior (certe sunt aliæ significationes usitatiores, & magis propriæ): danda est opera, ut paucis in hac sententia confirmemur; simul, ne videamur de verbis otiose litigare, adiiciamus, cui rei utile sit id ita statui. Verbalium in *io*, quale est *actio*, *persecutio*, *accessio*, *successio*, sic usus est apud Latinos, sed multo magis apud Iurisconsultos, & auctores iuris: ut quatuor modis usurpari soleant. Primam hanc significationem, & certam esse, constat, ad quam ipsam primo inducta sunt: ut significent actum verbi, unde dicuntur, ut sit *successio* actus succedendi, quomodo *actio*, & *persecutio* actus ipse agendi, persequendive, cui exceptio opponi dicitur *L.* 2. *in pr. D. de exc.* ut in illo Ciceronis, *Lib.* 1. Offic. *Virtutis laus omnis in actione consistit*, idest in agendo. Deinde verba, ubi de iure agebatur, ad ius translata, factumque, ut his non iam actus, sed ius agendi significaretur. Unde *actio* in usu iuris dicta ius agen-

agendi, seu persequendi quid iudicio. *Inst. de act. in pr.* [illegible] etiam his verbis res significatur interdum, quæ patitur actionem verbi, seu quæ per eam actionem efficitur, constituiturve, ut, cum a Paulo dicitur thesaurus esse *depositio pecuniæ* in *L. nunquam*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* Intelligimus pecuniam depositam, idest quæ per depositionem esse cœpit, effectum nimirum ex caussa, ficuti, cum dicimus, servitutem esse *constitutionem iuris gentium*. L. 4. D. de *stat. hom.* intelligi constat non placitum, & decretum iuris, sed rem iure gentium placitam, & constitutam. Quo modo *successio* dici potest vel res cui successum est, vel quæ per successionem obtinetur, ut nonnulli hoc verbum in hac definitione acceperunt. Alias e converso ita res significatur his verbis: ut sit non quæ actionem patitur, sed quæ agit, ut si *successionem* vocemus rem, non cui, aut per quam succeditur; sed quæ succedit, seu quæ successionem hanc habet, atque efficit, caussam ex effectu intelligentes. Quæ significatio usitata est in verbo *accessionis*, quo passim significari constat rem, quæ alii rei accessit, ut cum dicimus, fideiussoris obligationem accessionem esse principalis obligationis. §. *fideiussores*, *Inst. de fideiuss.* ubi omnes dici intelligunt esse rem, quæ accedit, accessitve principali obligationi.

III. Ex his quatuor, ut maxime omnia in verbo *successionis* intelligantur, nihil tamen convenire potest hereditati præter quartum istud, & postremum, ut dicatur hereditas res, quæ successit in ius universum defuncti. Nam, ut singula breviter attingamus ordine, primum hoc concedunt omnes, hereditatem [1] non esse actum succedendi. Hic actus in herede est, qui succedit: hereditas res extra heredem posita. Per hunc actum hereditas quæritur: hereditas res est, quæ hoc modo obtinetur: neque unquam eadem esse possunt res, quæ acquiritur; & modus eius acquirendæ. Hic actus tunc primum existit, cum heres succedit: hereditas sæpe multo ante est, quam adeatur, id est quam heres succedat. Denique actus succedendi factum est: *L. pro herede*, *D. de acq. her.* hereditas res in iure consistens. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Facta a rebus distant toto genere. Facta, cum præterierint, evanescunt: res cum esse cœperit, manet. §. *ult. Inst. de verbor. oblig.* Sed nec hereditas est ius [2] succedendi. Nam heres vocatus ad hereditatem, priusquam hereditatem adeat, ius succedendi habet, qui potest adeundo eam consequi: *L. delata*, *D. de verbor. signific.* at hereditatem, priusquam adierit, non habet. Hanc enim consequitur solum adeundo, aut, quod idem valet, pro herede gerendo. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* Idem heres ante aditam hereditatem decedens ius succedendi intra annum transmittit ad heredes suos quoslibet, etiam maxime extraneos: hereditatem non transmittit: *L. cum antiquioribus*, *C. de iur. delib.* nempe quia prius ius succedendi habuit: hereditatem non habuit. Aliud igitur hereditas, aliud ius succedendi. Et quod de actu succedendi dixi, idem licet de succedendi iure dicere. Semper constitit, aliud esse rem, quæ obtinetur: aliud id, per quod obtinetur. Hereditas res est, quæ succedendo obtinetur: successio ipsa, & ius succedendi res, per quas illa obtinetur. Proinde hereditas ius succedendi non est, non magis quam actus succedendi. Sed nec hereditas dici potest res, cui succeditur. Non enim per hereditatem succeditur hereditati, sed defuncto, seu in ius omne defuncti, ex definitione superiore hereditatis, & *L. 3. in pr. D. de bonor. poss.* Ne illud [3] quidem dici potest, hereditatem esse rem, quæ per successionem obtinetur, quasi non aliter sit hereditas. Nam & hereditas nondum adita, & hoc modo nondum successione quæsita, nihilominus maxime hereditas est. Non dicam cum aliis Interpretibus (quod tamen

1) Vt Spigel. *in Lexico* exponens *aditio*, scilicet agnitio, quam refellit Gœdd. *in L. 24. de V. S. n. 6.* quia aditio non est genus hereditatis, sed adiunctum: factum, non ius: & quia in bonorum possessionis definitione idem genus *successio*, ubi aditio, quæ in ea nulla est, intelligi nequit.

2) Seu facultas acquirendi, ut quidam exponunt, teste Gœdd. *d. loc. n. 8.* ubi dicit, sic quod hominis est, male rei tribui.

3) Alc. *in L. 24. de V. S. n. 5. & seqq.* genus hoc ad hos refert intelligens ipsum patrimonium, ac bona omnia simul iuncta, quæ id ius constituunt, quod *hereditas* dicitur, seu universalem rerum, & iurium collectionem. Argumenta eius hæc. (1) Heres est dominus. Ergo hereditas dominium. Respondeo. Infirma consequentia. Potius inferamus: Ergo hereditas domina, quia heres, & hereditas unius personæ vice funguntur. *L. 22. de usurp. & usucap.* Et aliud est dominium, a rebus, quæ in dominio. (2) Hereditas dicitur dividi. Respondeo. Alio sensu, & metonymice, ut suo loco. (3) Quia in *L. 3. pr. de bon. poss.* bona definiuntur successio universalis. Respondeo. Bona illic ex sententia nostri Donelli C. *praced.* significant ipsam hereditatem. (4) Quia Cic. *in Top.* definit hereditatem, quod sit pecunia, quæ morte alicuius ad quempiam iure pervenit, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta. Respondeo. Licet hæc Tullii descriptio immense placeat Mercerio, 2. *Opin.* 13. & ICti definitioni iniuste præferatur, quasi nihil in ea otiosum, nihil non necessarium: rectius tamen reiicitur a Duaren. *ad Tit. D. de acquir. hered. Cap.* 1. Sed & Alciatum, refellit Gœdd. *in d. L. 24. n. 7.* & Forster. 2. *de Success. ab ind.* 3.

tamen verum est), hereditatem tunc solum proprie esse hereditatem, cum nondum adita est: semel autem aditam, & heredi quæsitam desinere esse hereditatem: de quo alias. Nunc illud satis est dici, de quo inter omnes constat, hereditatem saltem tunc, cum nondum adita est, maxime hereditatem esse, & eam quæ pro domina interim habeatur. *L. hereditas*, 1. & 2. *D. de acq. rer. dom.* Hoc enim si ita est: palam est, hereditatem non sic dici successionem, quasi sit ea solum, quæ per heredis successionem obtineatur. Restat igitur quartum solum, quod in huius verbi significatione conveniat hereditati, ut *successionis* verbo [4] intelligatur res, quæ successit; sitque hæc definitio, ut dicatur hereditas esse res, seu universitas bonorum, & patrimonii, quæ successit in ius universum, quod defunctus habuit tempore mortis; res, quæ ius illud universum defuncti obtinet, & complectitur. Obtinet autem, quia prius in id successit, iure eam in id ius surrogante, atque hanc ipsam successionem, & per hanc successionem hereditatem efficiente.

IV. Neque hoc novum in verbi significatione videatur. Nam ex eadem origine sunt *successio*, & *accessio*, eademque forma derivationis ambo dicuntur: iam autem dixi, *accessionem* in usu iuris esse rem, quæ accessit. Sit igitur & *successio* eadem analogia res, quæ successit, quando aliud hereditati convenire non potest. Et vero iuris auctores id sensisse, ex eo potest constare, quod statuerunt, hereditatem [5] nondum aditam dominam esse, & [6] defuncti locum obtinere. *L. non minus*, §. 1. *D. de her. Inst. L. hereditas*, 1. & 2. *D. de acq. rer. dom.* §. *servus autem*, *Inst. de her. Inst.* Non est domina, nisi res aliqua. Nec domina rerum defuncti efficitur, eiusque locum obtinet, nisi quia in dominium successit, & locum defuncti. Sit ergo, ut dixi, hereditas res illa, & illa universitas rerum, quæ patrimonium, & ius omne defuncti complectitur, &, tanquam domina quædam obtinet, non alia de caussa, quam quia in id ius universum successio est, idest res, quæ in id ius successit.

V. Ubi sit ea res, quærendum non est. Quod enim dicitur esse res incorporalis *Inst. de reb. corp. & incorp.* satis significat, nusquam [7] esse natura, ut cerni, aut

4) Iason. Castrens. & vulgo DD. *ibid.* referente Gœdd. *d. loc. n.* 5. cui tamen displicet hæc acceptio, eo quod ipsum ius sibi ipsi succedere non possit. Quod tamen inconveniens non exinde sequitur. Ipse Gœdd. *n.* 9. *& seq.* dicit, definitionem esse desumptam ex tractatu de petitione hereditatis, & *successionem* interpretatur caussam, seu titulum acquirendi, cuius vi petitio hereditatis intentatur. Sic enim, inquit, & in definitione legati genus *donatio* significat caussam, & titulum, cuius gratia relictum ad nos pertinet. Quæ probare non possum. Quandoquidem hanc caussam, seu titulum non habet heres; nec petitionem hereditatis experitur, nisi adita, agnitave hereditate *L.* 1. 2. 3. *de hered. pet.* Et ita definitio non nisi in heredem translatæ competeret. Et is titulus seorsim extra personam heredis, quam afficit, considerari nequit. Taceo quod hereditas ab herede acquiri ipsa dicitur *tot. Tit. de acq. her.* Nunquam autem eadem res esse potest, quæ acquiritur; & titulus, seu caussa eius acquirendæ. Nec recte *donatio* accipitur in legati definitione pro titulo, seu caussa. Nam imo ibi *donatio* refertur ad donantem testatorem, cumque respicit, ut docent verba, *a defuncto relicta*; non vero legatarium. Omninoque alius est emptionis contractus, aliud negotium donationis, a titulo pro emptore, seu donato. Emptio perficitur consensu, ut & hodie donatio; utraque consummatur traditione, qua facta, negotium finitum: titulus pro emptore, seu caussa empti, donatiae adhuc durat, & perseverat, &c.

5) *L.* 13. §. 2. *ad Leg. Aquil. L.* 13. §. 5. *D. Quod vi, aut clam*, *L.* 9. *C. depos.* Non igitur a ratione abhorret quod Cuiac. 5. *Obs.* 10. & *in Not. ad* §. *ult. I. de her. qual. & diff.* hereditatem ab *hero*, idest domino dictam vult, cum & Florentini Pandectæ semper per *e*, non *æ* exhibeant, & in antiquis inscriptionibus nunquam cum diphthongo scriptum hoc verbum reperiatur: Walth. 2. *Miscell.* 10. licet alii ab *herendo* derivare malint, quod iuri universo defuncti, & actionibus hæreat, Hot. 1. *Amicab.* 6. vel quod heres defuncto adhæreat: Wes. *in Par. de her. inst. n.* 2. Forst. *Lib.* 2. *de Success. ab int. C.* 1. *n.* 1. alii ab *ære*, ut Govean. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 3. qui & *n.* 2. nusquam se legisse dicit, *heredem* pro domino usurpari (quasi Imperatorem in *d.* §. *I. de her. qual.* redarguens). Sed exemplum imo in *L.* 19. §. 4. *de castr. pecul.* Forner. 1. *Select.* 19. Cuiac. 10. *Obs.* 16. A. Fab. 4. *Coniect.* 5. *& ad L.* 3. §. *pen. de minor.* Et *dominus* pro herede in *L.* 22. *de statu lib. L.* 1. *de ventr. in poss. mitt.* Forner. *d. loc.*

6) *L.* 15. *in fin. pr. de usurp. & usuc.* & pluribus LL. adnotatis a Goth. *in L.* 31. *de her. instit.* Non autem heredis personam sustinet. *d. L.* 34. *de acq. rer. dom.* Ex qua, ut & ex *L.* 55. §. 1. *de legat.* 2. apparet, controversiam olim de eo fuisse; & eius plura vestigia in libris nostris relicta esse conqueritur Hot. 3. *Obs.* 19. Et Rævar. *de Auct. prud. C.* 16. ita pluribus Iurisconsultis in fori disputatione (de qua in *L.* 2. §. 5. *de orig. iur.*) visum fuisse. Rationem tradit A. Fab. 14. *Coniect.* 20. *p.* 145. Quia heredis persona ante aditionem nulla, & incerta (nescitur enim quis, & an ullus futurus heres) fieri non potest, ut ad inducendam dominii continuationem personæ heredis ratio habeatur, cum dominium incerti non magis, quam nullius, esse possit. Defuncti autem persona, licet vere nulla sit: fuit tamen, & certa, ut fictione opus sit, qua inducat, ut repræsentetur quasi adhuc adesset. Circa personam heredis nihil lex fingere potest propter incertitudinem, quia non minus lex quam homo, futuras res ignorat. Idem 1. *Iurispr. Tit.* 2. *Pr.* 5. *Illat.* 3. *p.* 50. Usus, ait, fictionis huius, ut continuetur dominium a defuncto in heredem, ne fiat primi occupantis. Quod si heredem repræsentaret, huic periculo non occurreretur. Sicuti enim ante aditionem is heres non est: ita nullius manerent bona, quæ ex instanti mortis domini, nullius fuissent. Ioach. Hopper. *Lib.* 2. *ἀνθεσεῶν*, *pag.* 64. Facilius fingitur qui mortuus est superstes, ac Dominus, quam qui nunquam dominus fuit. Est enim continuatio magis secundum naturam, quam de novo acquisitio. Obiic. *L.* 24. *de novat.* A. Fab. *d. Ill.* 3. & Gifan. *ad L.* 61. *de acq. rer. dom.* *n.* 2. respondent, ibi voculam, *eius*, referri debere cum Accursio non ad proximius vocabulum *heredis*: sed ad ulterius, *promissoris*. Cæterum huic repræsentationi locus non est in iis, quæ facti sunt, in quibus animum intervenire oportet, ut possessio; *L.* 1. §. 15. *si is, qui test. lib.* item in quibus certa persona requiritur, ut ususfructus. *L.* 26. *de stip. serv.* Hot. 3. *Obs.* 19. Et ideo furtum non fit hereditati. Vid. *not. infra Lib.* 15. *C.* 29.

7) Idest, etsi nullum in ea corpus, nullæ res sint. Duar. *de Acq. her. C.* 1. Goth. *in Not. d. L.* 50. Nam & damnosam hereditatem continet. *L.* 119. *de V. S.* Et vel hinc satis Alciati opinio relata supra *Not.* 3. *refellitur*.

aut tangi possit: animo tantum intelligi: sed intelligi ideo, quia ius eam pro re esse velit, quæ vere consistat. Sic enim describuntur res incorporales, de quibus ius constituitur, ut sint, quæ in iure, idest re iure constituta, consistant. Unde dicitur a Papiniano hereditas sine ullo corpore iuris intellectum habere. *L. hereditas, D. de her. pet.* idest sine ullo corpore iure esse, & subsistere intelligi.

VI. Neque temere hæc res fictione iuris inducta est, quasi in eo subtilitas tantum quædam sit, & argutia Iurisconsultorum, nulla re subiecta, ut Seneca *Lib. 6. de Benef. Cap.* 5. parum apte irrisit nostros. Necesse fuit, mortuo testatore, aut eo, de cuius bonis agitur, eiusmodi dominam, & successorem in locum defuncti statui cum ad ius defuncti retinendum, tum ad utilitates insequentis temporis, quæ ex rebus nostris parari solent, recte acquirendas, & quæsitas deinde ad heredem transmittendas. Ne sit enim, mortuo testatore, aliquis dominus, qui in defuncti ius succedat. Continuo omnia defuncti iura intereant, necesse est. Non est enim ius, nisi in persona: non est ius, nisi sit, qui id obtineat. Quod si iura defuncti interibunt: non possunt postea ad heredem quandoque succedentem pervenire, quæ morte defuncti esse desierint. At si recte retinebuntur, si illa statim excipiet hereditas altera domina; ac sic denique per hereditatem pervenient ad heredem, cum ille hereditatem acquisierit. Sic enim fit, ut aliquid fit heredis, quia hereditas, quod suum fuisset, in heredem transfundit. *L.* 1. *§. Scævola, D. si is, qui test. lib. ess. iuss. er.* Iam vero novæ utilitates, quæ per servos parari solent, nullæ omnino futuræ sunt, mortuo testatore, si, nondum adita hereditate, nullus dominus, aut nulla domina servorum intelligetur. Servi defuncti frustra quid stipulabuntur, frustra ex aliis caussis quid gerent, ut contrahant, & acquirant. Solum enim ex persona domini stipulandi, & acquirendi ius habent. *Inst. de stip. servor. in princ.* Iidem inutiliter ab aliis instituentur heredes. Nam cum servis alienis non nisi ex persona dominorum testamenti factio est. *L. non minus, in pr. de hered. inst.* Hæc ne fierent, perirentque hæc commoda heredi futuro, ita veteres constituerunt: si in his dominus quæritur, hereditatem pro domina esse, & defuncti locum sustinere. Ex quo & stipulationem consistere, atque actionem hereditati acquiri; & cum servis hereditariis testamenti factionem esse, voluerunt. Eaque hæc ratio huius acquisitionis, & commodi ab illis constanter reddita variis in locis, ut in *L. in eo, §. ultim. L. hereditas, seq. L. hereditas,* 2. *D. de acquir. rer. dom. Inst. de stip. serv. in princ. L. non minus, §.* 1. *D. de hered. inst. §. servus etiam, inst. eod.* Postremo hereditatem intelligi dominam esse, quæ in ius defuncti successerit; eo pertinet, ut heres quandoque hereditatem adeundo iam inde a morte successisse defuncto intelligatur, ne quid illi videlicet de iure defuncti decesserit, quasi tempore interruptum, aut imminutum. *L. heres quandoque, D. de acquir. hered.* Id autem beneficio huius fictionis ita consequitur, quod hereditas iam ante ius omne defuncti iam inde a morte eius obtinuit: heres autem succedendo hanc ipsam hereditatem obtinet, ac per hereditatem [8] ius omne, quod fuit hereditatis, quæ quod suum fuit, transfundit in heredem ut ante dixi. *d. L.* 1. *§. Scævola, D. si is, qui test. lib. ess. iuss. er.*

VII. Quamobrem sit hoc constitutum hereditatem successionem esse, idest rem, quæ in ius universum defuncti successerit: universitatem esse, quæ, tanquam domina, per successionem id ius obtineat, & locum defuncti. Nec inaniter hoc constitutum a veteribus, ut in formulis fieri solebat: sed & utiliter, & necessario, ut, si quid fuisset iuris defuncti, aut in commodis sequentis temporis, id per hereditatem ad heredem, & quidem quasi iam statim a morte defuncti perveniret. Idque ipsum est, quod sub appellatione *bonorum* complexus est explicatius Ulpianus in *L.* 3. *in princ. de bon. poss.* Nam *bonorum*, & *hereditatis* verbo promiscue utens, ut patet ex §. 1. ait, bona accipienda esse *universitatis cuiusque successionem*, idest universitatem quamque, quæ successerit defuncto, *qua*, idest per quam, eum scilicet eam acquisivimus, *succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum, & incommodum.* Ex his intel-

8) In nomina, & obligationes activas, & passivas, & quodammodo in vitia, & virtutes defuncti, bonam, & malam fidem, Cuiac. *ad L.* 24. *de V. S.* Vid. supra *Lib.* 5. *Cap.* 10. *not.* 12. Etiam in eam partem, quæ legatis exhausta. Quod probat Tit. *quod legator.* & definitio legati, *delibatio hereditatis, &c.* RæVard. *ad L.* 7. *de R. I.* & quia legata *onera successionis* vocantur in *L.* 2. *C. ad S. C. Trebell,* ut iniuria Mercer. 2. *Opin.* 13. taxet hanc definitionem eo, quod legata pure relicta, recta via ad legatarium transeant; nunquam fiant heredis.

intelligimus, non tantum quid sit hereditas, sed etiam quem effectum ipsa habeat in successione heredi tribuenda. Hereditatem nimirum sic prius successionem esse, idest rem, quae primo successerit in locum defuncti, ut per hanc deinde succedat heres in idem ius universum defuncti; nec tantum in id, quod defunctus habuit, dum viveret: sed etiam quod postea partum, quaesitum erit hereditati. Qui effectus est, quem unum in quaestione de hereditate, ac successione tota in locum defuncti quaerere, ac spectare debemus.

CAP. III.

Hereditatem sic acquiri, cum iure cui delata, simul etiam ab eo, uti oportet, suscepta est. Iure deferri ut suprema voluntate, aut ab intestato lege. Voluntate suprema aut directo, aut per fideicommissum. Illo modo deferri solum testamento: hoc posteriore etiam codicillis. Illam *testamentariam* ex genere testandi; hanc *fideicommissariam* ex modo relicti appellatam esse. Hae cum dissimili sint & origine, & effectu: separatas esse debere & de his tractationes. Ac primum de testamentariis.

Methodi ratio. I. *Hereditatis acquisitio constat eius successione, & delatione*. II. *Hereditatem* deferre *quid sit*. III. *Delatio hereditatis constat deferendi potestate, & voluntate*. IV. *Potestas iure civili data ei, de cuius bonis agitur, deinde lege. Unde hereditas vel* testamentaria; *vel* legittima, *aut* iusta. *Illa ordine prior: haec posterior*. V. *Testamentaria defertur aut directo, aut per Fideicommissum. Illa aliter civili, ac Praetorio Iure acquiritur*. VI.

I. ERgo haec successio, quam *hereditatem* vocamus, facit (ut coepi dicere), ut per universitatem succedamus in ius omne, & locum defuncti, cum eam coepimus obtinere. Obtinetur autem, cum iure nobis quaesita est. Ita omnis huius successionis ratio posita est in hereditatis acquisitione. Quod cum ita sit: nempe res huc redit, ut ad successionem omnem in locum defuncti constituendam quaerendum sit, quomodo hereditas nobis acquiratur.

II. Sic acquiritur nobis hereditas, si nobis recte delata, unde oportet; simul etiam a nobis, ut oportet, suscepta sit. Et hoc est. Constat hereditatis acquisitio duabus his rebus: delatione hereditatis, & delatae susceptione, ut indicant *L. licet*, *L. si curatoris, seq. C. de iur. delib.*

III. In primis ad acquisitionem hereditatis, iure hanc delatam esse oportet, ut iisdem locis declaratur, & *L. si quis extraneus*, §. 1. *D. de acq. her.* Deferre hereditatem alicui est eum vocare ad hereditatem ita, ut vel ei hereditas imponatur invito, vel volenti potestas fiat eius acquirendae. Vel est designare aliquem, quem pro potestate heredem esse velis, ut vel hinc statim heres fiat (quod contingit necessariis heredibus): vel possit, si velit, hereditatem [1] adeundo, vel agnoscendo consequi (quod contingit heredibus voluntariis, seu extraneis, vel fideicommissariis). Dicitur quidem in *L. delata*, *D. de verb. sign.* delatam hereditatem intelligi, quam quis possit adeundo consequi, quo exprimitur id tantum, quod de voluntariis heredibus diximus. Sed sciamus, hoc ibi dictum esse, ubi agebatur de heredibus extraneis, quorum est adire, aut repudiare hereditatem pro arbitrio. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual.* Caeterum non minus recte necessario heredi, ut filio, hereditas *deferri* dicitur, eum ille a patre, aut lege vocatur ad hereditatem defuncti patris, etsi fit ipso iure heres; nec minus ei ita hereditatem deferri, idest ita ad hereditatem eum vocari, oportet. Sic quidem hoc verbum suis heredibus, qui & ipsi necessarii heredes

1) Quod ita DD. vulgo & Alc. *in d. L.* 151. *n.* 3. accipiunt, si nullum impedimentum, neque ex parte hereditatis, neque ex persona heredis, quo minus adiri possit. Sed Bellon. 2. *Suppot.* 16. & Goedd. *in d. L.* 151. delatam proprie dici, & aestimari ex qualitate hereditatis, si in ea caussa sit, ut adiri possit, ut si pure relicta, *L.* 13. *pr. de acq. hered.* etsi subsit aliquod impedimentum ex persona heredis, si is furiosus, impubes, &c.

redes sunt, tribuitur in *d. L. licet*, *C. de iur. delib.* ut recte communi definitione usi simus, quæ ad utrunque genus heredum pertineret.

IV. Sic iure defertur hereditas, sic recte instituitur quis, aut designatur heres, quo deinde ad eum redeat hereditas, si is, quem deferre volumus, iure possit deferre, & simul delatam velit: ut hic quoque recte dicturi simus, delationem iustam herediratis duabus item rebus constare, potestate deferendi, & deferentis voluntate.

V. Potestas [1] deferendæ hereditatis, seu heredis defuncto instituendi, duorum est iure civili: eius, de cuius bonis agitur, & ipsius legis. Non tamen simul utriusque, ut eius, qui anteverterit, voluntas potior sit: sed ordine primum potestas hæc domino bonorum data, ut liceat ei, quem velit, sibi heredem instituere suprema voluntate. Quod si non fecerit, tum succedit potestas legis, quæ, intestato patrefamilias mortuo, certis personis, quæ perpetuo eædem futuræ sint in successione intestati, hereditatem defert. Potestas hæc domino data lege duodecim Tabularum, cuius legis hæc verba fuerunt: *Uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto*. L. verbis, D. *de verb. sign.* Quibus verbis ita confirmantur heredum institutiones, & suprema voluntas omnis: ut quandiu hæc profertur iusta, tandiu non sit legitimæ hereditati locus. At, cum instituti a testatore heredes nulli sunt, tum deinde lex succedit, sitque transitus ad eos, quibus illa defert hereditatem. Neque hic aliud servatur iure civili, aliud iure prætorio. *L. quandiu potest*, *L. in plurium*, *D. de acq. her.* *L. 1. D. si tab. test. null. exstab.* Hanc potestatem istorum duorum in deferenda hereditate, & simul deferendi ordinem significarunt veteres, cum dixerunt, hereditatem ad nos pertinere vel ex testamento, vel [3] ab intestato. *§. ult. in fin. Inst. per quas pers.* *L. 1. L. 3. D. de her. pet.* Quippe ex testamento est, quæ est a testatore, ab eo delata pro ea potestate, quæ illi lege data est. Ab intestato est, quæ, intestato patrefamilias mortuo quibusdam personis defertur lege. Unde illa hereditas *testamentaria* dicta, hæc *legitima*, d. L. in plurium, *D. de acq. her.* *L. quod autem. in pr. D. quæ in fraud. cred.* non quod testamentaria non sit ex lege, cum lege confirmetur, ut est in *L. lege obvenire*, *D. de verb. sign.* sed quod non a sola lege, ut quam voluntas defuncti præcedat, sine qua ne hereditas quidem deferatur. Quæ autem ab intestato est, hæc, deficiente defuncti voluntate, a sola lege proficiscitur, ut quam sola lex deferat. Unde & per excellentiam nominis vocatur *legitima*, quæ ob eamdem caussam & *iusta* dicitur in *L. 3. §. de illo*, *D. pro soc.* Quamquam hoc verbo proprie utimur tantum in ea hereditate, quæ iure civili defertur, ut legibus, & similibus constitutionibus: non item in ea, quæ defertur iure prætorio, quia prætor proprie heredes non facit. Sed quia idem tribuit his, quos ad hereditatem vocat per bonorum possessionem: *§. quos autem, Inst. de bon. poss.* liceat hoc verbo in hoc quoque genere uti generalius.

VI. Ac de testamentariis hereditatibus ut ordo iuris superior postulat, prius videamus. Et testamentariæ hereditatis tum deferendæ, tum delatæ acquirendæ non una ratio est iure cognita. *Testamentariam* nunc voco, quæcunque testamento deferri potest, etsi potest interdum codicillis: latius autem, quæ defertur suprema defuncti voluntate. Hæc deferendi, & acquirendi ratio ita est constituta iure, uti est privata delatio eius, de cuius bonis agitur. Defertur enim hereditas a defuncto aut directo, aut per fideicommissum. Directo, cum is iubet, aliquem recta sibi heredem esse; seu vult, eum hereditatem a se, non ab alio accipere. Per fideicommissum, cum eum, quem prius instituerat, aut legitimum heredem suum rogat, ut hereditatem alteri restituat. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Quæ directo defertur hereditas, aliter defertur, & acquiritur recte iure civili; aliter iure prætorio per bonorum possessionem. Dissimiliter ab utraque ea, quæ defertur per fideicommissum, quam uno verbo *fideicommissariam* appellamus. *Inst. de fid. her.* Quare & de his separatim dicemus. Ac primum de testamentariis, quæ directo delatæ iure civili acquiruntur.

1) Quæ tamen aliter referuntur in *L. 53. de V. S.* aliter in *Novell. 22. Cap. 2.* aliter ab Ulp. *in Fragm. Tit. 11. §. 14.* aliter *1. Rhetor. ad Herenn* Vid. *infra Not. 1. Lib. 8. Cap. 1.*

3) Quidam tertiam successionis speciem, contra testamentum, agnoscunt. *Covarr. 4. Var. resol. 21.* Quod refellit Forst. *Lib. 1. de Success. ab intest. Cap. 8, 9. & 10.*

CAP. IV.

Testamentum quid. Ut testamento iure civili deferatur directo hereditas, iustum id esse oportere. Iustum duplex, vulgare, & militare. Vulgare certis legibus adstrictum: militare liberum. Vulgaris leges spectari in persona testantis, in testandi modo, in rebus testamenti.

Hereditas codicillis nec dari, neque adimi potest: sed testamento dumtaxat. I. *Testamenti definitio, eiusque a codicillis differentia.* II. *Testamentum vel* vulgare, *quod fit iure communi, vel* militare. III. *Leges vulgari testamento praescriptae versantur in persona, modo, rebus.* IV. *Quid in singulis exigatur.* V.

I. ERgo directo hereditas suprema voluntate eius, de cuius bonis agitur, solum recte defertur [1] testamento: codicillis neque dari, neque adimi potest. *§. pen. Inst. de codicill. L. 2. L. si idem C. eod. L. hereditas, C. de pact. conv.*

II. Testamentum [2] ita definitur in *L. 1. D. qui test. fac. poss.* ut sit [3] voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis (intellige nostrum, ut constet sibi oratio numeris), quod quis, inquam, nostrum post mortem suam fieri voluit. Caetera huius definitionis cum codicillis communia. Nam & codicilli ultima voluntas sunt, *L. ult. §. ult. C. de codicill.* Proinde voluntatis nostrae sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Illud proprium testamenti, & quo [4] a codicil-

1) An autem & testamentorum origo iuri civili adscribenda? Non puto. Sed, quia omnia plene excutere nec per tempus licet, nec libet, ne nimium notata excrescant: vid pro hac sententia Theoph. *in §. ius autem civile, I. de I. N. G. & C.* Vigl. *in §. 3. I. h. t. n. 4. & seqq.* Donell. nost. *in Rubr. Cod. de testam. n. 9.* Connan. 9. *Comm. 3. n. 3. & 1. Comm. 5. n. 6.* Cuiac. *in L. 1. & 3. h. t.* Alc. *in L. 24. de V. S. n. 22.* Vacon. 1. *Decl. 16. n. 1.* Coras. *ad L. 7. C. de impub. & al. subst. n. 6.* Covarr. 3. *Var. Res. 6. n. 7.* Oldend. *Progymn. Class. 5. pr.* Ang. Mattheac. 1. *de Via iur. 34. n. 26.* Arumae. *Exerc. Iustin. 7. Th. 3.* Gilken. *de Praescript. P. 3. C. 3. n. 150. & seqq.* pro adversa Duaren. *ad hunc Tit. Cap. Quid sit testamentum, f. 313.* Alex. Picenard. *ad Rub. I. pag. 6. col. 2,* Goedd. *de Contr. stip. C. 2. Concl. 1. n. 22.* A. Fab. 1. *Iurispr. 2. Pr. 4. Ill. 1.* Caussam huius iuris exprimit eleganter Oldend. *Class. 5. Act. in Pralud.* Testamentum typus, & figura immortalitatis. Nam, quando anima, & voluntas immortalis: non debet, quoad bona, cum corpore extingui. Nihil igitur iucundius, quam ut voluntas regnet in bonis, corpore extincto. Et P. Greg. 41. *Synt. 1. n. 1.* Tanta est, inquiens, immortalis animae in corpore mortali dignitas: ut post corporis interitum proroget imperium, & reliquias cogitationum relinquat. Brevius I. Lipsius *in Praefat. Lib. 6. de Cruce.* Solatium fato est voluntas ultra fatum. Alias rationes refert, & examinat Alex. Picenard. *ad Rubr. I. h. t.* De notatione *testamenti* vid. Cuiac. 11. *Obs.* 37. & 26. *Obs.* 40. & *ad L. 39. de V. S.* Robert. 2. *Sent.* 19. Loriot. *de Iur. arte Tr. 11. de Testam. success. Axiom.* 1. Coras. 3. *Misc.* 22. *n.* 4. Forst. 3. *de Success. ab int. C. 1. n. 8.* Vigel. *in Dialect. iur. Lib. 2. p. 10.* P. Greg 42. *Synt. 2. n. 3.* Vigl *in pr. I. h. t. n. 3. & 4.* Forcat. *Dial. 73. n. 4. & 5.* Turamin *de Execut. Legat. C. 1. n. 7. & 8.* Goedd. *in L. 164. de V. S. n. 6.*

2) Cuiac. 2. *ad Afric. in L. 14. de iur. codicill.* definit, quod sit directa heredis institutio, vel brevius, hereditatis datio, quomodo & idem *in Par. D. h. t.* ubi tamen definitiones Modestini in *d. L. 1.* & Ulpiani *Tit.* 20. *§. 1.* perfectas esse, scribit. Sed improbat hanc definitionem Vult. *pr. I. h. t. n. 15. & seqq.* & quia latior sit competens cuivis ultimae voluntati (cum & caeterae aeque suum habeant iuris effectum, licet non eumdem), & quia angustior, excludens testamenta peregrinorum, quae iniusta quidem, sed non omnino nulla, quia, an sit testamentum, concernit substantiam; an iustum, qualitatem. Angustia tamen, ait, excusari potest ex proposito Iurisconsulti: latitudo nequit. *Ibid. n. 19.* refellit Cuiacii definitionem (quam Graecorum Interpretum esse, scribit) (1) quia suis non datur hereditas, *L. 11. de lib. & posth.* & ea natura exheredationis, quae est ademptio eius, quod quis habuit. (2) Quia datur etiam codicillis per fideicommissum, & a milite directo. Ipse *n. 20.* definit, quod sit ultima voluntas directam ex sui natura (ut excludantur codicilli militis in specie *L. 36. de test. mil.*) heredis institutionem continens.

3) Verba huius definitionis Duar. *ad hunc Tit. D. Cap. Quid sit testamentum, 1.* sic fere exponit: *Sententia* genus est, & latius patet, quia & dicitur sententia iudicis, legislatoris, Senatusconsulti. *Voluntatis*, id est non quocunque modo. Hinc dicitur, verba enunciativa (quibus quid affirmatur, vel negatur) non esse apta ad testamentum: sed dispositiva. Vid. tamen notata *infra Cap. 17.* (aliter Oldend. *init. Cl. 5. Progymn.* ut significetur, integritatem mentis in testante requiri). *Nostra*, & ut non conferatur in voluntatem alterius: & ut excludantur non cives. Sic & Baro *in §. 2. I. h. t.* (quod displicet Alex. Picenardo *in d. pr. I. h. t. pag. 33. col. 2.* quia & aliae nationes suis quaeque legibus testantur). *Iusta*. Vid. *Not.* seq. *De eo, quod quis fieri velit*. Hoc differt a contractu, qui duorum consensum habet. *Post mortem* ita, ut post eam valeat, ac ante possit revocari, ut differat a stipulatione *post mortem fieri*, quae rata est statim, sed executio differtur. Ita Duar. Nec fere absimiliter Donell. noster *ad Rubr. C. de testam.*

4) Ita & Cuiac. *in L. 1. h. t.* Baro *in §. 2. I. h. t.* Vigl. *in pr. I. h. n. 29. & seq.* Donell. noster *ad Rubr. Cod. de testam. n. 6.* Duar. *d. loc.* *Iusta*, inquit, id est solemnis; *arg. L. 1. de iniust. rupt.* vel verius legitima. *Arg. L. 3. pro soc.* Codicilli non ex legibus, sed moribus valent. Loriot. *de Iur. arte Tr. 11. de Testam. success. Axiom. 2.* Omnis, inquit, voluntas in suo genere & perfecta, & solemnis. *Iusta* igitur hic, quae semper vera, & ubique stare potest, quomodo dicitur *iusta lex*, *iustus error*. Testamentum omni iure verum: codicilli ante Augustum non probati. Vid. & Charond. 2. *Verisim.* 16. Perrenon. 2. *Animadvers.* 21. Sed huiusmodi commentis (quae late examinat Alex. Picenard. *ad pr. I. h. t. pag. 14. & seqq.* dicens, bonum Ulpianum hic dormitasse, & Io. Dauth. *de Testam. Tit. Definitio, n. 12.*) definitionem non salvari, scribit A. Gentil. 1. *Lect.* 14. volens, definiri in *d. L. 1.* testamentum in genere, ut codicillos, & omnem ultimam voluntatem contineat, & quia *Tit. qui test. fac.* generalis, quo tractatur de iis, qui ultimas dispositiones condere possunt

dicillis distinguitur, quod testamentum iusta sententia est: codicilli non iusta, si tamen in verbo *iusti* id accipimus, quod huic loco conveniat. Nam *iustum* dicitur tribus fere modis. Iustum id, quod iure valet, seu quod ius probat, etiam si nullis solemnibus res peragatur, ut *iusta conventio*, L. tale, §. 1. D. de pact. *iustus metus* in *L. nec timorem*, 7. *circa fin.* *D. quod met. caus.* Alias *iustum* non id, quod iure receptum sit; sed quod fit iure, id est solemni ritu, & more, quem ius in re peragenda præscribit. Quomodo *iusta uxor* dicta veteribus, distinguiturque ab iniusta in *L. si uxor*, §. 1. *D. ad Leg. Iul. de adult.* ubi tamen utroque verbo significatur ea, quæ vere, & iure uxor est: sed, cum ambæ iure cognitæ sint, & probatæ: altera solemni ritu in nuptiis contrahendis adhibito ducitur; altera consensu. Erat autem prior, quæ 5 solemni ritu conveniebat in manum viri vel confarreatione, vel coemptione, & *materfamilias* dicebatur. Hoc modo & *iustum testamentum*, quod iure fit. *L. 1. D. de iniust. rupt. irrit. fact. test.* Interdum *iustum* dicitur plenum, & perfectum, ut *iusta ætas*. L. cum filiofamilias, §. ult. *D. de legat.* 3. Significatio ex priore ducta, quoniam ea sunt plena, & perfecta, quæ constant suis partibus, quas ius requirit. Quomodo & testamentum dici possit *iusta sententia*, ut sit plena, & de rebus defuncti omnibus. Quod fit, eum heres, id est universi iuris successor, instituitur. In hac ambiguitate videndum, quid conveniat, non dico testamento (nam omnia de testamento recte dici possunt): sed quid rectæ definitioni, ut verbum id exprimat, quod testamenti proprium sit, & codicillos excludat. Et testamentum non recte definitur iusta sententia, ut intelligatur ea, quæ iure recepta est, quæ iure valet. Nam & codicilli in suo genere iure recepti sunt, & iure valent non minus, quam testamentum. Neque tamen sunt testamentum. *d. L. si idem*, *C. de codicill.* Reliqua duo de testamento recte dicantur, & convenienter, & quidem ita, ut codicillos removeant. Testamentum recte vocemus *iustam sententiam*, ut *iustam* interpretemur plenam, ut sit de rebus omnibus, addita nimirum heredis institutione, id est

universi Iuris successione. Nam sine hac nullum est testamentum: cum codicilli contra heredis institutionem non admittant. §. *ult. Inst. de codicill.* Sed & *iustam* recte hic accipiamus vel solemnem, vel, si apertius dicere volumus, testatam more, & ritu solemni, qualem ius exegit in supremis voluntatibus ante inductum codicillorum usum: vel, quod idem est, peractam ex præscripto, & regulis iuris, quæ sunt de testamentis ordinandis. Sic, ut dixi, testamentum dicitur *iure factum* in *L. 1. D. de ininst. rupt. test.* Sic *iustæ nuptiæ*, quæ secundum præcepta legum coierunt inter coniuges. *Inst. de nupt. in pr.* Hæc vero nota sententiam efficit maxime testamenti propriam, & præcipue codicillos removet. Nam codicilli, uti initio recepti sunt, nullam solemnitatem iuris desiderant, ut est in §. *ult. in fin. Inst. de codicill.* Nec metuemus eum Accursio, ne adhuc definitioni desit, heredis institutio. Nam, si in sollemnibus, & ordinatione iusta testamentorum recte numeramus omnia, quæ ad ordinanda testamenta necessario pertinent: maxime his verbis institutio heredis comprehensa est. Nihil enim tam necessarium ad vim testamenti, quam institutio, sine qua nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. in fi. D. de vulg. & pup. subst.* Eademque dicitur caput, & fundamentum testamenti. §. *ante*, *Inst. de legat.* Qua re una maxime distat testamentum a codicillis. Hi enim, ut paulo ante dixi, non modo non desiderant heredis institutionem: sed ne admittunt quidem. *d.* §. *ultim. Inst. de codicill.* Quam autem superiora duo non conveniant codicillis, eoque & hos a testamento seiungant, facilius, natura horum cognita, intelligetur. De quo in codicillis dicetur amplius.

III. Ergo, ut testamentum valeat, & eo deferatur hereditas, ut volumus, iustum esse oportet. Et iustum id, cuius factio, atque ordinatio est ex præceptis, & regulis iuris, quæ sunt de testamentis ordinandis. Hæc ordinatio iure constituta duplex. Nam in quibusdam personis adstricta est certis legibus; in quibusdam libera concessa. Adstricta est iure communi in paganis, idest iis, qui milites non sunt, ut paganos a militibus distinguimus; *L. ult. C. de inoff. test.* item in militi-

bus

sunt (Facit *L.* 6. §. 3. *L.* 8. §. 2. *de iur. codicill.*) & quia lata hæc testamenti acceptio. Probatur *L.* 1. §. 2. *de tabb. exhib.* & probat Andr. Gerhard. *Exerc. Instin. Decad.* 7. Q. 2. Sed lata hæc acceptio ex *d.* §. 2. minime elici potest. Diversa nanque sunt pertinere ad caussam testamenti, & illius appellatione contineri. Ad caussam testamenti pertinent codicilli, *d.* §. 2. quando testamento confirmati vires ex eo capiunt. *L.* 3. §. *ult. de iur. codicill.* & pro eius parte habentur. *L.* 14. *eod.*

5) Vid. Cuiac. 3. *Obs.* 5. *&* 6. *Obs.* 16. Briss. *de Adult.* C. 6. Duar. *ad eum Tit. D. C.* 2. Ræv. 4. *Var.* 16. Perrenon. 1. *Animadv.* & *Var. Lect.* 9.

bus extra castra degentibus. Libera data solis militibus, & his in expeditionum laboribus occupatis. *Inst. de mil. test. in princ.* & *§. sed hactenus*. Hinc [6] testamentum ab ordinatione iustum duplex natum; id, quod fit iure communi, quod *vulgare* licet dicere: & *militare*, quod valet ex privilegio militum. Genera, ut re, ita distinctis Titulis notata, & exposita & in Pandectis, & in Codice, & in Institutionibus.

IV. Quodcunque testamentum est iure communi, seu quæcunque hoc iure testandi potestas est, ea permissa est legibus certis, ut est in *L. testandi, C. de testament.* idest permissa certis conditionibus, & certis præstitutis rebus, quas in testamento faciendo ad vim testamenti observare oporteat; quarum una aliqua omissa, testamentum non fit, quia non fit iustum. Nam, ut adiicitur in *d. L. testandi*, sic sunt eæ res præscriptæ: ut in his iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare nulli permissum fit. Hæ leges, atque observationes tribus in rebus versantur: in persona testantis; in testandi modo; in rebus, quas testamento caveri oportet.

V. In persona testantis quæritur is, qui testamentum facere possit. Non enim omnes iure possunt. In testandi modo, ut adhibeantur extrinsecus ea solemnia testationis, quæ ius iubet. In rebus testamenti, ut, si quis liberos habet, aut sine liberis parentes: det operam, ut eos ante omnia heredes instituat, aut rite exheredet. Similisque quædam in fratribus honorandis, si quis nec liberos, nec parentes habeat, observatio est. Si hos non habet, aut eos exheredat; in primis sibi instituat heredem, quod est, ut dixi, caput, & fundamentum omnis testamenti. *d. §. ante, de legat.* Tot locis, & generibus rerum vis testamenti continetur. Quæ eadem propterea animadvertere possumus distinctis Titulis ordine tractata esse in hoc argumento, cum in Pandectis, tum in Codice, atque Institutionibus, utpote ad vim, & ius testamenti pertinentia. De quo ante omnia statuendum est iis, qui quærant, an testamento hereditas delata sit: quando neque hæc, neque aliud quidquam testamento defertur, nisi iusto, & eo quod iure valeat.

CAP.

6) Vult *pr. I. h. n.* 21. summam esse distributionem testamenti in *iustum* civis Romani, & *iniustum* peregrini, quod non omnino nullum (quale id, quod non iuxta regulas iuris factum); sed in sua Republica potest esse iustum, &c. Diss. Goedd. *in L.* 221. *de V. S. n.* 4.

CAP. V.

Qui testamenta facere possint. Omnes posse qui non prohibentur. Prohiberi alios conditione ipsa personæ: alios, quia destituantur iis rebus, quas desiderat testamenti factio: quosdam ob delictum. Qui in superiori numero habeantur. Hæc an in testatore fuerint, tempore testamenti spectari. Incidentia postea, recte testato nihil nocere, præterquam si testator deportatus postea, vel arrogatus fuerit, & cur.

Testamentum facere possunt quicunque non prohibentur. I.
An quis testamentum facere possit tribus ex rebus æstimandum. II.
Testamentum facere possunt soli cives Romani. III.
Non servi, neque captivus, neque obsides. IV.
Neque deportati. V.
Cur isti non referantur in eorum genus, qui, quod bona non habeant, testari non possint. VI.
In eo, qui testatur tria requiri, & quæ illa sint. VII.
Filiusfamilias testari non potest, ne consentiente quidem patre, nisi de bonis castrensibus, & quasi castrensibus. VIII. IX.
Testamentum facere non potest furiosus, aut mentecaptus, nec prodigus, nec impubes, neque is, qui de statu suo dubitat. X.
An mutus, surdus, aut cæcus. XI.
Testari non potest, qui incestas, vetitasque nuptias contraxit, neque ob carmen famosum damnatus. An qui adhibitus ad Testamentum signa sua recognoscere noluit. Intestabilem esse quid sit. XII.
Testamenti factio necessaria testatori eo tempore, quo fit testamentum. Quid si postea vel cœperit, vel desierit habere. XIII. XV.
Regula, rem gestam vitiari, cum in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat, *quo pertineat*. XIV.

I. ET ex superioribus illis locis tribus propositis primus hic est in quæstione de vi testamenti, ut quæratur, qui testamenta facere possint. Quod recte præcipit Caius in *L. 4. qui test. fac. poss.* ex natura sumptum. Frustra enim laboretur deinceps in testamento rite ordinando, si is, qui testatur, testamenti factionem [1] ex sese non habeat. Quem & ordinem in Pandectis, & Codice recte observatum videmus. Omnes testamentum facere possunt, qui [2] non prohibentur. Et generaliter (ut alias sæpe monuimus) cum quæritur, quid cui liceat, ita definien-

1) Activam scilicet. Nam & qui non condere potest testamentum, sed ex eo capere, testamenti factionem habere dicitur *L. 16. h. t.* scilicet passivam, ubi & testamenti factio cum eo esse dicitur. §. 6. *I. de testam.* ubi Hot. aliam esse integram, aliam dimidiatam, & imperfectam. Vid. & Vult. *ibid. n. 8. & in pr. I. quib. non est perm. n. 3.*

2) Licet regulam hane tradat Gloss. *in L. 4. D. h. t.* cuivis licere testari, qui non prohibetur, quam communiter sequuntur, referente Simone de Praetis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. Interp. 1. Dubit. 2. Sol. 4. n. 34. & seq.* Dauth. *de Testam. n. 130.* mihi tamen omnino videtur, testamenti factionem esse ex genere permissorum, ut regula constituenda sit: Quibus non est concessa testandi facultas generaliter, vel specialiter, eis prohiberi. Argumentis sequentibus utor. I. Rubrica Inst. *quibus non est permissum*; non ita: *quibus est prohibitum*. II. Lex XII. Tabb. tribuit, & dedit hanc facultatem. *L. 120. de V. S.* Legis igitur beneficio habetur. Nulla lex XII. Tabb. ut emere, locare, mutuari, &c. liceat. III. Hoc probat *L. 3. h. t.* etiam ex ipsius nostri expositione. Vid. *infra* Not. 11. IV. Quod peregrini, deportati nec testari, nec heredes institui possunt, non inde est quia lex aliqua, seu peculiaris sanctio Quiritium aperte vetat: sed quia lex illa XII. Tabb. scripta solis civibus Romanis. *Paterfamilias* enim nomen civile est, non naturale. V. Hæc omnino, non alia caussa est, cur filiusfamilias testari nequeat, quia lex XII. Tabb. de patrefamilias loquitur; *I. ad Hot. p. m. 9.* non, ut noster, defectus bonorum, quia & cui nihil in bonis est, & obæratus testari potest (cum & *hereditas* dicatur, quæ solvenda non est: *L. 3. pr. ad Leg. Falc. L. 119. de V. S. bona* non item, *L. 83. de V. S.*) nec, ut Vaud. 1. Q. 1. Kreutl. *Vol. 2. Disp. 10. Th. 2.* potestas, cui subest. Nam uxor olim, quæ in manum viri convenit, in mariti erat potestate patrum non absimili. Et tamen testamenti condendi illi ius erat, Ulp. *Tit. 20. §. 15.* nimirum quia, licet esset loco filiæ, Boet. *in Top.* tamen vere materfamilias erat, Cic. *in Top.* & ita verbis legis decemviralis comprehensa. *L. 1. L. 195. pr. de V. S.* Quo facit, quod in *L. 19. h. t.* filiusfamilias dicitur, *non habere facultatem*, videlicet quia ei non data est: non vero dicitur prohiberi, seu adempta ei facultas. Certe quod de castrensibus suprema recte ordinat, non inde est quia mutata bonorum conditio, ut vult noster; & ita ratio prohibitionis cesset: sed quia nominatim hoc ei constitutiones Principum dederunt, *pr. I. h. t.* privilegii loco. *L. ult. pr. vers. sed prior, C. de inoff. test.* Igitur, nisi Principis auctoritas intervenisset, ne nunc quidem in castrensibus ei testari liceret. Dices. At Ulpiani ea ratio est: *Tit. 20. §. 10. Quia nihil suum habet*. Respondeo. Recte Wes. *in pr. I. quib. non est permiss.* voculam, *suum*, refert non ad proprietatem bonorum, sed ad ius familiæ, quod testamento relinquitur.

niendum est, omnia cuivis licere, non si leges permittant; sed si non prohibeant: *L. nec non*, *§. quod eius*, *D. quib. ex cauſ. man. L. mutus*, §. 1. *D. de proc. L.* 1. *§. D. de testib.* ut omnis quæstio de hoc genere huc redeat, qui testamentum facere possint, quia non prohibeantur; aut non facere, quia prohibeantur. Et quod in Institutionibus hic Titulus sic conceptus est, *Quibus non est permissum facere testamentum*, sic accipiendum est, quibus non est permissum, dum lex indicat, se non permittere, seu dum his denegatur. Nam ad eos, qui prohibeantur testari, omnis eo titulo oratio collata est.

II. An quis testamentum facere possit, aut non possit, tribus ex rebus æstimandum est: conditione personæ; facultate earum rerum, quas fert testandi natura: & vita testantis. Tot enim res recte constitutæ, si concurrant, testamenti factionem tribuunt. Singulæ in contrarium versæ, adimunt.

III. Conditione personæ iure Romano civem Romanum esse oportet eum, qui testamentum facit, ut indicatur primo, & secundo Capite Legis Falcidiæ. *L.* 1. *D. ad Leg. Falc.* Quod de cive Romano dico, id quisque in sua gente, & natione de cive nationis suæ dictum intelliget.

IV. Cives Romani sunt liberi homines, qui sunt in orbe Romano, ut colligere est ex *§. ult. Inst. de libert.* iuncta *L. in orbe*, *D. de stat. hom.* Itaque eorum, qui Cives Romani non sint, duo sunt genera: servi; & qui, libertate salva, civitatem amiserunt, ut deportati. *§. cum autem*, *Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Proinde totidem eorum, qui conditione personæ testamenti factionem non habent. Ex priore genere 3 servi nostri. *L. filius familias*, *D. qui testam. fac. poss.* Item qui ex civibus 4 sunt apud hostes, qui & ipsi per id tempus sunt servi hostium. *L. eius*, *D. qui test. fac. §. ultim. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. L. adeo*, *D. de acquir. rer. dom.* Item 5 obsides, nisi 6 si eis testari permittatur. *L. obsides*, *D. qui test. fac. poss.* Sunt enim obsides, qui publicæ fidei firmandæ caussa dati sunt ab hostibus, ut, nisi qui dederunt, stent promissis, dedantur obsides potestati eorum, quibus dati sunt. Id, quod genus quoddam servitutis esse, apparet.

V. De 7 deportatis, qui in altero genere sunt, ius certum est, etiam hos testamentum facere non posse. *L. eius*, §. 1. *D. qui test. fac. poss.*

VI. Poterant quidem hi omnes ad sequens genus referri, & numerari inter eos, qui bona non habent, de quibus testentur. Nam nec servi quidquam suum habere possunt: *§. item vobis*, *Inst. per quas perſ. nob. acqu.* & deportati damnatione ipsa bona amittunt, saltem hactenus, ut de his testari pro arbitrio non possint. De quo plura infra Cap. XVI. quo loco & damnatorum testamenta, etiam eventu irrita fieri, docemur, nedum ab initio consistant. Sed, cum duæ res istos summoveant, status personæ, & quod bonis careant: potius est in his conditionem personæ spectari. Quæ eiusmodi est: ut, si quis his bona concesserit, tamen satis conditione prohibeantur, quominus testari possint. Et vero, an aliqui ex his bona habeant, dubitari potest in captivis, & ob-

3) Unus tamen casus apud Ulp. *Tit.* 20. *§. ult.* Servus publicus pro parte dimidia testamenti condendi ius habet. Quod specialiter eis beneficii loco datum, eo colore adhibito, ut servus, qui nec nomen, nec personam habebat, adsumeret nomen magistratus eius, cui ministrabat. Et Leo Novel. 38. servis Principis plenum rerum suarum arbitrium morientibus dedit. P. Pithoe. *in Not. Tit.* 5. *Coll. LL. Mosaic.* Vult. *in §. ult. I. h. t. n.* 3. Vid. & Cuiac. 17. *Obſ.* 24. Cæterum servis æquiparantur monachi, post professionem religionis factam æque intestabiles. *Auth. ingressi*, *C. de SS. Eccl.* Mattheae. *Lib.* 2. *Epit. legat. C.* 1. *n.* 15. Vid. Simon de Præt. *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt: Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Sol.* 4. *n.* 73. *& seq.* Vasq. 3. *Ill. Contr.* 102.

4) Ratio dubii in iure postliminii. Ratio decidendi in regula Catoniana Vid. Hot. *in §. ult. I. h. t.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 2. A. Fab. 1. *Iurisp.* 11. *Pr.* 7. *Ill.* 10. Fictionis, inquit, postliminii potestas non ut apud hostes factum, censeatur factum in civitate: sed ut nec unquam, qui redit, apud hostes fuisse existimetur. Et parum subtiliter dant rationem decidendi, quia requiritur, ut utroque tempore habuerit testamenti factionem testator. Id enim est de testatore, qui aliquis est: hic autem captivus, & servus hostium eo tempore pro nullo est. Ita Faber. Cæterum aliud est in captis bello civili, & inter Christianos. Vid. *not. supra Lib.* 2. *c.* 9. *n.* 12. Covarr. amplius *in C. peccatum*, *de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 11. *n.* 6. nec captos quidem ab infidelibus amittere ius testandi, contendit, & Alvar. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 30. *n.* 9. Ac captivis generatim testamenti factionem tribuit *Novell* Leonis 40. Item aliud est in captis a latronibus. *L.* 13. *pr. h. t.* ubi ratio, *cum liberi maneant*, non est inconveniens, quia ei & in filiosfamilias locus, uti Gloss. Bart. & DD. referente Lopez. Nam arguit ibi ICtus a deficiente ratione prohibitionis, seu a natura oppositorum. Greg. Lopez. *Animadv. C.* 18. *n.* 3.

5) Ita & Duar. *h. t. C.* 2. Cuiac. *in d. L.* 11. (quia inquit, si Romæ bona habeant, ea fiscus occupat) & A. Gentil. *Lib.* 2. *de iur. belli*, *C.* 19. Obrecth. *Disp.* 20. *Th.* 49. Sed Lopez. *Animad. C.* 18. *n.* 8. *&* 9. intelligit obsides non acceptos, sed datos a Romanis, (1) quia de illis nulla nova, & specialis dubii ratio. Arcentur enim ratione generali, quia peregrini (2) In his ratio est, quod sint, quasi servi, in hostium potestate, ut, si non servetur fides, necari possint.

6) Dato videlicet usu togæ. *L.* 32. *de iur. fisci*, Donell. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 5. Cuiac. *in d. L.* 11. A. Fab. 1. *Iurisp.* 11. *Pr.* 2.

7) Quia omnino ἀπόλιδες, & nullius civitatis cives Cuiac. *in L.* 2. *&* 3. *h. t.* Item damnati pœna capitali, *d. L.* 8. *§. ult.* quia servi pœnæ fiunt. Vid. *not. infra Cap.* 16, *n.* 11.

& obſidibus, cum redierint, eum hoc caſu perinde habeantur, quaſi ſemper in civitate manſiſſent. De quo poſtea in extremo.

VII. Facultas teſtationis, ut ius de teſtatione conſtitutum eſt, ipſis verbis legis, & ſponte ſua in eo, qui teſtatur, tria deſiderat: bona; iudicium mentis; voluntatis declarandæ facultatem. Bona, quia poteſtas teſtandi ita data eſt lege: ut teſtetur, & leget quiſque de re, & pecunia ſua. *L. verbis legis, D. de verbor. ſignific. L. teſtandi, C. de teſtam.* Iudicium mentis, quia ipſum teſtamentum nihil, niſi ſententia eſt voluntatis noſtræ, & teſtatio mentis. *L.* 1. *D. qui teſtam. fac. poſſ. Inſt. de teſt. ord. in princ.* Voluntatis declarandæ facultatem, quia, ut nihil aliud, certe teſtamentum teſtatio eſt, unde & nomen habet. *d. Tit. de teſt. ord. in pr.* Hoc autem ipſum *teſtari* nihil aliud eſt, quam voluntatem ſuam edere teſtato: ut ſi quis hoc non poſſit facere vel lingua, vel ſcripto: huius non poſſit ulla eſſe teſtatio. Quare, ſi quid harum rerum deerit teſtanti: ſatis vel verbis legis, vel natura teſtationis teſtamentum facere prohibetur.

VIII. Hinc in hoc genere tres ordines eorum qui teſtamentum facere non poſſunt. Primus eorum, qui bona non habent, etiamſi maxime ſint cives Romani. In [8] hoc numero filiifamilias, qui iure vetere in bonis nihil habuerunt. §. 1. *Inſt. per quas perſ. L.* 1. *in princ. D. ſi a par. quis fuer. man.* Qua de cauſſa nec teſtamentum facere potuerunt. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtament. in pr.* Poſt excepta peculia caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia, quæ filiiſfamilias, tanquam proprium patrimonium, attributa ſunt. *L.* 1. *§. nec caſtrenſe, D. de coll. bon. L.* 2. *D. de S. C. Maced.* Ideo & mutata bonorum conditione, etiam filiosfamilias de his, ut ſuis bonis, teſtari poſſe, placuit. *d. Tit. quib. non eſt permiſſ. in pr. §. ſed hactenus*, & *§. ultim. Inſt. de mil. teſtam. L. ultim. C. de inoffic. teſtament.* Caſtrenſe peculium definitur in *L. caſtrenſe, D. de caſtrenſ. pec.* Quaſi caſtrenſe eſt quidquid filiiſfamilias quæſitum eſt ex adminiſtratione, aut opera publica, magiſtratibus, iudicibus, aſſeſſoribus, advocatis, patronis, bonarum artium profeſſoribus, & ſimilibus, qui commemorantur in *d. L. ult. C. de inoffic. teſtam.* Poſtea conſtitutionibus Iuſtiniani etiam adventiciorum omnium proprietas data eſt filiiſfamilias, uſusfructus tantum relictus patri. In plerisque etiam cauſſis ne uſusfructus quidem, ſed ſolida proprietas filiis conſtituta. *L. cum oportet*, & *Authenticis* ibi inſertis, *C. de bon. quæ lib.* Poſt quas conſtitutiones conſentaneum videri poterat, licere filiiſfamilias & de adventiciis teſtari, tanquam de re, & pecunia ſua, quod cuique liberum eſſe, lex duodecim Tabularum voluit. *L. verbis. de verb. ſign.* Sed [9] placuit, non licere, adempta nominatim filiiſfamilias de his bonis teſtandi facultate in *L. pen. & L. ult. C. qui teſt. fac. poſſ.* Neque hæ conſtitutiones adverſantur Legi duodecim Tabularum. Adverſarentur, ſi placeret, adventicia omni ex parte filiorumfamilias eſſe propria, tum de his teſtamenti factio denegaretur. Sed data hæc ſunt filiiſfamilias cum hac exceptione, ne de his teſtari poſſent; & hactenus placet, non magis illorum eſſe propria, quam ante. *d. L. pen. & ult. C. qui teſt. fac. poſſ. L. ult. §. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* Unde evenit, ut in peculio profecticio, & adventicio ſemper filiusfamilias

8) *L.* 3. *C. h. t.* Obiic. Atqui obligari poſſunt. Reſpondet Donellus noſter *ad d. L.* 3. *n.* 2. Si acquirit filiusfamilias, non eſt neceſſe, ut quidquam antea in bonis habeat: ut autem obligetur, ſatis ex ipſius perſona. Vult. *pr. I. h. t. n.* 7. reſpondet: quia lex XII. Tabb. loquitur hic de patrefamilias, quæ in contrahendo non diſtinguit. Et recte.

9) Conſentiunt in hac quæſtione Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 317. *col.* 1. Connan. *Comm.* 2. Cujac. *in L.* 6. *h. t. & in Nov.* 107. *& in Parat. C. de bon. quæ lib.* Covarr. *in Rub. extr. de teſtam. P.* 3. *n.* 28. Fachin. 5. *Contr.* 94. Vult. *pr. I. h. t. n.* 11. Bocer. *Lib.* 1. *de Iure belli C.* 21. *p.* 83. *& ſeq.* Dauth. *de Teſtam. n.* 154. *& ſeq.* Gædd. *de Contr. ſtip. C.* 7. *Concl.* 5. *n.* 48. Bronch. 5. *Aſſ.* 21. Diſſ. præ cæteris Vaud. 1. Q. 1. his argumentis, (1) quia, ſi de his teſtetur, nullum inde patri præiudicium. Reſpondeo. Non ea ratio eſt negandi teſtationem filiofamilias, quia patri præiudicium ſit allatura (Quidni enim patri id remittere eſſet integrum ? *L.* 46. *de pact.*): ſed quia lex non dedit. (2) Quia filiusfamilias de rebus, quas ex ſecundo patris matrimonio lucrifecit, teſtatur. *Nov.* 22. *C.* 26. Reſpondeo. Perlegi, expendi, nihil tale reperi, nihil, ex quo elici poſſit. (3) Per *Nov.* 117. *C.* 1. *§.* 1. Reſpondeo. Cuiac. *ibid.* Duar. & Vult. *dd. loc.* Vigl. *in pr. I. h. t. n.* 16. aliique teſtantur, in Græco authentico haberi non *διατίθεσθαι*, ſed *διοικεῖν*, quod *adminiſtrare* ſignificat, & diſpoſitionem inter vivos. Acrius tamen obſtat *L. ult. §.* 5. verſ. *filiis autem, C. de bon. quæ lib.* ibi, *his dumtaxat caſibus, &c.* Reſpondent quidam, corrigi *d. §.* 5. per *L. pen. C. qui teſt. fac.* Bronch. *d. Aſſ.* 21. Sed Vult. *d. n.* 11. declarari tantum, & per illa verba *d. §.* 5. *in quibus uſusfructus conſtitutus non eſt*, periphraſin tradi adventitiorum, quæ regulariter eius naturæ. Quæ ſi in nonnullis caſibus mutatur: uti non deſinunt adventitia eſſe; ita nec quod adventitiis conſequens mutabitur. Alii aliter, ut & Donell. noſter *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 7. Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 5. Puto ego, *dumtaxat*, ibi accipi poſſe pro *ſaltem* (qua voce vulgus perperam pro *ſolum* abutitur. Goclen. *in Obſ. Lat. Lingua, p. m.* 216.), vel *certe*, ut ſit vocula non excluſiva, ſed *ἀορίστως*, ſicuti in *L.* 29. *§.* 10. *de lib. & poſtum. & L.* 202. *de verb. ſign.* ut ita adventitia, quorum ſolida proprietas eſt filiifamilias, non excludantur, ſed omittantur, tanquam de quibus illic ſermo non erat inſtitutus. Proinde quid in illis iuris, ex aliis locis, ut *d. L. pen.* & iuris ratione petendum.

Eas decedat intestatus: in castrensi autem, & quasi castrensi ita, si de his pro potestate testatus non sit. Quæ res faciebat olim, ut, ita intestato filiofamilias mortuo, pater omnia eius peculia, non ut hereditatem, sed ut peculia, id est bona sua, occuparet etiam castrensia. *L. 2. D. de castr. pec.* Quod & significatur *Inst. quib. non est permiss. in pr.* vers. *itaque.* Novis constitutionibus Iustiniani etiam hic filiofamilias intestato hereditas data est, in qua placuit & aliam successionem esse, quam ut bona statim ad patrem pertinerent. De quo comprehensum est in *Auth. defuncto, C. ad Tertyll.* Sed de eo dicetur postea suo loco in successione intestati.

IX. Quid, si filiusfamilias de peculio profectitio, aut adventicio testetur, consentiente patre? Movet dubitationem, quod liceat unicuique consensu suo deteriorem conditionem suam facere. *L. pactum, D. de pact.* Et [10] placuit, quamvis pater permittat, nihilo magis filiumfamilias iure testari posse. *L. qui in potestate, D. qui test. fac. poss. in pr.* An, quod suprema iudicia ex alieno arbitrio pendere non debent? *L. illa institutio, C. de her. inst.* Non opinor. Tunc enim recte dicuntur ex alieno arbitrio pendere, cum ex hoc arbitrio pendet, utrum postea voluntas defuncti exitum habeat, an non habeat, ut eum constituitur heres, quem Titius volet, ut est in *d. L. illa institutio.* Quod non fit, cum, alieno arbitrio, & consensu præcedente, quis testatur, si iam inde supremum iudicium ratum habetur, quia retractari consensus non potest. Sed potius illa ratio est, quod testamenti factio non privati, sed [11] publici iuris est, ut est in *L. 3. D. qui test. fac. poss.* id est iure publico ita permissa est, non ut sit libera, & in potestate euiusque: sed ut adstricta certis legibus, & observationibus. *L. testandi, C. de testam.* Quæ observationes cum iubeantur lege: derogatur iuri publico, si consensu privatorum has licet non servare. Nulli autem iuri publico derogare concessum est. *d. L. testandi, L. ius publicum, D. de pact.* Iam vero inter eas leges una est hæc in conditione testantium, ne filiusfamilias testamentum faciat.

X. Secundus ordo ex hoc genere est eorum, qui certo iudicio testari non possunt, sive quod his iudicium deest vel propter animi [12] morbum, vel propter ætatem: sive quod obstat his error aliquis, aut ignorantia iuris sui. In hoc numero sunt hi: ab animi morbo [13] furiosus, mente captus, [14] prodigus: ab ætate [15] impubes; ab ignorantia iuris sui ii, qui

10) At mortis caussa donare voluntate patris potest filiusfamilias *L. 25. de mort. caus. don.* Discrimen unde? Zas. *ad L. 2. de legat.* 1. *n.* 5. quia actus morientium non ita possunt pendere ab arbitrio alieno, ut vivorum; & P. Greg. 15. *Synt.* 8. *n.* 19. Quæ ratio non recte accommodari hic potest, ut noster ostendit. Et refellit Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 3. quia actus non suspenduntur præteritorum accessione, sed expectatione futurorum; & Dauth. *de Testam. n.* 190. Moll. 5. *Sem.* 59. *n.* 2. quia donationes hæ magis ad contractus, quam ad supremæ ordinationis naturam accedunt. Ratio hæc generalis nimis Lonot. *de Tut. Ax.* 69. *& seq.* Illic, ait, pater ipse donare videtur: hic non item. Neque enim alius pro alio testatur. A. Fab. 1. *Iurisp.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 69. agi in *d. L.* 25. de donatione peculii profectitii, quod magis est patris, quæ, si fit a filio patris consensu, intelligatur facta ab ipso patre in casum mortis filii, *Arg. L. 11. de mort. caus. don.* Et ita non tam filii, quam patris ultimam voluntatem censeri. Aliter Fopp. ab Aezema 2. *Differt.* 14. Recte Vult. *pr. I. h. t. n.* 8. legem XII. Tabb. in donatione caussa mortis non requirere patremfamilias, ut in testamento. Et Vigl. *ib. n.* 8. Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 4. Hot *ibid.* donationem illam non æque esse iuris publici. Quæ autem iuris privati, privatorum pactiones admittunt. Confer. *not. supra n.* 2.

11) Ita & Donell. noster *ad L. 3. C. h. t. n.* 3. Charond. 2. *Verisim.* 12. Cuiac. *in d. L.* 3. testamenti factionem esse quidem actionem privatam; sed regi iure publico. Publici iuris, non quia ad statum reipublicæ spectet: sed quia a iure publico pendet, nec in potestate est privatorum; Pac. 5. *Q.* 85. seu quia non privata facultate, sed iure elargita, testamur, ac disponimus in id tempus, quo domini non sumus. A. Gent. 4. *Lect.* 6. Alio autem sensu Cic. *pro Cæcinna, & Phil.* 2. accenset privatis actibus. Ludit itaque fallacia homonymiæ Vaud. 1. *Q.* 1. rationem hanc in filiosfamilias reiiciens, imo retorquens, quia, quoad ius publicum filiusfamilias non sequatur ius patriæ potestatis. Labiturque Ræv. 5. *Var.* 12. lapsum Triboniani vel librarii notis, aut verborum transpositione decepti incusans, quasi Papinianus scripserit, *non publici, sed privati iuris est.*

12) Non autem impedit adversa corporis valetudo, *L. 2. L. 17. h. t.* nec senectus. *L. senium, 3. C. h. t.* Imo semianimis, & in agone fere constitutus testari potest per *L. 15. C. h. t.* ibi, *semineciis, & balbutiens lingua.* Vid. Const. Elect. Sax. 5. *P.* 3. & ibi Moll. & Simon. de Prætis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. Interpr. 1. Dubitat. 1. Sol.* 4. *n.* 23. *& seq.*

13) *L. 16. §. 1. D. L. 9. C. h. t.* Potest autem tempore intermissi furoris, si habeat clara intervalla, *d. L.* 9. Duaren. *h. t. C.* 2. Facit huc exemplum Val. Max. *Lib. 7. C.* 8. potest & qui rudioris, & hebetioris sensus est, testari. Duar. *d. C.* 2. Vigl. *in §. 1.* vers. *item furiosi, I. h. t. n.* 2. Dauth. *de Testam. n.* 220. Quod a iudicante æstimandum. Thesaur. *Decis.* 92. ubi *n.* 4. vult, considerari debere, an plus, an minus iudicii ei sit, quam impuberi. Vid. Simon de Prætis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. Sol.* 4. *n.* 21. *& seq.*

14) *L. 18. h. t.* Idque ne heredes extraneos instituant, leves, & indignos homines, exclusis legitimis, quos odissent, quippe eorum opera bonorum suorum administratione prohibiti. Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 11. Levis autem videtur ratio Cuiac. *ad. L.* 159. *de V. S.* quia non possunt prodigi per æs, & libram familiam mancipare, cum eis ære, commercioque interdicatur. Hoc certe est (ut ipsius Cuiac. verbis utar) minutias iuris, & captiosa verba sectari. Si autem probe prospiciat posteritati suæ, valet elogium, non obstante interdictione. *Novell. Leon.* 39. Cuiac. *ad L. 6. de V. O.* Quatenus enim prodigus salubriter & sanorum hominum more vult, eatenus recte velle censendus est. An autem meretrix testari potest? Quod affirmatur ex his, quæ not. *supra Lib. 3. Cap. 18. n.* 4.

15) *L. 5. L. 19. D. L. 4. C. h.* Et hic quoque fœminæ biennio masculis citius testantur, *d. L.* 5. quia & citius perfectionem sexui suo congruentem consequuntur, Duar. *h. t. C.* 2. Olim autem testandi incapaces mulieres fuisse, probat Vigl. *in pr. I. h. t. n* 4. Et hinc dubitatum, an eunuchis liceat facere testamentum, *L. 5. C. h. t.*

qui [16] de statu suo dubitant, idest dubitant, liberi sint, an servi, in potestate patris, an sui iuris. De quatuor prioribus est in *§. praeterea*, & *duobus seqq. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* de quinto in *L. qui in testamento*, & *L. de statu; seq. D. qui test. fac. poss.*

XI. Tertius ordo ex eodem genere est eorum, qui quod sentiunt testari non possunt, aut non possunt commode. In quo genere [17] mutus, & surdus, item cæcus. Quibus quid liceat, aut non liceat in testamenti factione, quibusdam constitutionibus cautum est. De surdo quidem, & muto in *L. discretis, C. qui test. fac. poss.* de cæco autem in *L. hac consultissima, C. eod.* unde *§. item surdus*, & *§. cæcus, Inst. eod.*

XII. Vita testantis, quantumvis turpis, & notata ob delictum, nunquam testanti obstat, si cætera concurrant, nisi [18] cum lege ita notata est: ut, qui deliquit, nominatim prohiberetur testari. Quod constitutum est in iis, qui vetitas, & incestas nuptias contraxerunt. *L. si quis incesti*, iuncta *Auth. incestas, seq. C. de incest. nupt.* Sunt & qui ob delictum iubentur esse intestabiles. Quod eamdem vim habet. Hoc enim eo pertinet, ut intestabilis esse iussus, nec ad testamentum adhiberi possit testis, nec testimonium ei dici. *L. cum lege, D. qui test. fac. poss.* Proinde nec ipse testamentum facere, quod sine testibus non peragitur. *L. is, cui, §. ult. D. eod.* Legimus autem, una in caussa hanc pœnam statui damnato, si quis nimirum ob carmen famosum damnetur. *d. L. is, cui, §. ult. L. ob carmen, D. de testib.* Theophilus in *§. testes, Inst. de test. ordin.* refert, etiam legibus intestabilem fieri eum, qui adhibitus ad testamentum signa sua recognoscere noluit. Sed nusquam lex, aut prohibitio exstat in libris nostris. Proinde, etiam si fuit aliqua, tamen ea uti hodie in iudiciis non possumus, vetante Iustiniano quidquam pro iure proferri, quod in libris de iure ab ipso compositis relatum non sit *L. 2, §. hæc igitur*, & *§. seq. C. de vet. iur. enucl.*

XIII. Atque hæc sunt, quorum singula spectanda sint in persona cuiusque ad testan-

h. t. non quia testes non habent, quos testamentum requirit, ut Accursius nugatur: sed quia non pubescunt; Paul. 3. *Sent.* 4. §. 2. & quia nec viri, nec mulieres, sed tertium hominum genus habiti, Lampr. *in Severo*, Valer. Maxim. *Lib.* 7. *C.* 7. Duar. *d. C.* 2. *fol.* 319. Ant. Aug. 3. *Emend.* 5. tametsi Cuiac. 17. *Obs.* 24. per *eunuchos* in *d. L.* 5. velit significari cubicularios principis, ut etsi servi sint, habeant tamen testamenti factionem. Quod non puto. Vid. idem *ad L.* 128 *de V. S.* Excipiebantur olim Vestæ virgines, quæ statim, ac in atrium Vestæ ductæ, e sacris paternis exaugurates, ius testandi habebant, cum tamen minorem sex, maiorem decem annis capi nefas esset. Agell. 1. *Noct.* 12. Connan. 9. *Comm.* 4 n. 10. Et Constantinus impuberibus cœlibatum profitentibus ius testandi dedit in ingressu religionis, ut ea Sozom. *Lib.* 1. *C.* 9. probat Cuiac. 17. *Obs.* 36. Quod sustulit Leo *Nov.* 6. ut ibi notat Goth. Et olim poterant, si tribunatum numerorum merebantur. Quod sustulit. *L. ult. C. de testamen. mil.* Vid. *not. infra c. ultim. n.* 3. Cæterum tutore auctore pupillus testari potest. *L.* 1. *§.* 1. *de tut. & rat. distr.* Rationem vid. apud Hot. *in §.* 1. *I. h. t.* Gædd. *in L.* 20. *de V. S. n.* 6. Denique, cum impubes ratione naturali prohibeatur, ne Principem quidem contra dispensare posse, vult Thesaur. *Dec.* 87. Minor autem testari potest, *Text. L.* 4. *C. h. t.* etiam absque curatore, *L.* 77. *§. curatoris*, 24. *de legat.* 2. *L.* 20. *§.* 1. *de liberat. legat.* Nec enim periculum est, ne decipiatur, cum possit revocare quando libet. Unde in testamento non est locus restitutioni in integrum. Quod significat *L.* 30. *de V. S.* Si tamen dolo inductus, præteritis legitimis, instituerit extraneos: contra inducentes his est actio de dolo. *L.* 88. *§.* 4. *de legat.* Duar. *h. t. C.* 2. Vid. & Tiraq. *post LL. Connub.* 5. n. 72. *& seq.* ubi & *n.* 94. *& seqq.* tractat, an Statuto effici possit, ne alicui sine consensu alterius (ex gr. uxori sine permissu mariti) testari liceat.

16) Præsenti videlicet, non futuro. Nam reus criminis postulatus, ante condemnationem rite testatur. *L.* 9. *L.* 13. *§. ult. h. t.* Ratio autem videtur, quia aut qui servus est, se liberum putat, & ius opinione sua falsa non mutat; aut qui liber putat, se servum esse, &, quia opinatur, se facere contra legum præcepta, mens eius improba est. Quod si pendeat animi: certus esse nequit de voluntate sua, an valitura sit; & id naturæ huius ordinationis, quæ omnino certa esse debet, repugnat. Et hoc non pertinet tantum ad servos, qui se liberos ignorant: sed & ad filiosfamilias, qui se sui iuris factos; deportatos, qui impetratam restitutionem nesciunt. Mercer. 1. *Opin.* 11. *in fin.* Simon de Præua *Lib.* 2. *de interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 4. *n.* 89. Imo & cuius status suspensus est, testari nequit, ut si pater sit apud hostes, ac filius nesciat, an reversurus *Text. in L.* 2. *§.* 3. *unde legitim.* vers. *quia nondum*; quem *versiculum* non opus est, ut interpreti imperito adsignemus, cum A. Fab. 10. *Coniect.* 8. *p.* 271. De statu tamen suo litigantes testari posse, contendit Mercer. 2. *Opin.* 21.

17) Iustiniani autem constitutio dat factionem testamenti surdo muto, *d. L.* 10. ita facto, scilicet non nato. Et eius constitutionis scribit Cuiac. *ad L.* 6. *§.* 1. *h. t.* vestigium esse in *L.* 21. *de legat.* 3. Sed recte Vigl. *in §.* 3. *I. h. t.* accipit *d. L.* 10. *C.* & *L.* 7. *D. h. t.* de eo, qui vel alterutro morbo laborat; vel si utroque sensu casu privatus, literas tamen novit, ut per eas animi sensa aperire valeat. Quomodo enim loquelæ expers, & literarum rudis preces exarabit ad principem? *d. L.* 7. quomodo voluntatem patefaciet? Nutibus, dices, & signis. Quis vero, iodes, erit interpres harum gesticulationum? quis interpreti fidem habebit? In *L.* autem 21. *d. legat.* 3. sermo est de eo, cui, cum loquelæ compos esset, augescente infirmitate, sermo interceptus, & ita non necesse est, verba, *nisi supervenimus, &c.* Triboniano cum Cuiac. *d. loc.* tribuere. Vid. Io. Danth. *de Testam.* n. 192. *& seqq.*

18) Ex alia igitur causa infamia testari potest, & quia nulla lex vetat, & arg. *L.* 8. *§.* 3. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 320. Et textus est in *L.* 11 *C. de sec. nupt.* ubi mentio testamenti mulieris nubentis intra annum luctus; quæ tamen infamis. Obrecht. *Disp.* 20. *Th.* 170. *&* 3. *& seqq.* Dauth. *de Testam. n.* 265. Prohibentur autem, & iure Canonico usurarii manifesti. *C. quanquam*, 2. in *fin. de usur.* in 6. Vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* Quare *in C. tua nos*, 609. *extr. de* usur. ubi proponuntur bona usurarii ad extraneos devoluta, *extraneis* forte opponuntur liberis, ut suis, non vero legitimis ab intestato venientibus. Quid de excommunicatis? Hos utramque testamenti factionem retinere, recte Vasq. 3. *Ill. Contr. C.* 101. *n.* 5. testans de communi, (1) quia similes sunt relegatis, *Gl. in C. pastoralis*, *§. verum*, *de appell.* (2) quia non prohibentur expressim, (3) quia speciale est in excommunicato ob hæresin. Auth. *credentes*, *C. de haret. C. excommunicamus*, 13. *§. credentes*, *extr. de haret.* Dist. post alios Fachin. 5. *Contr.* 88. De hæreticis autem, quibus ius testandi non sit, Vid. Dauth. *de Testam. n.* 242. *& seqq.*

testandi facultatem. De quibus hoc iam in commune præcipiendum est, si ex his quæratur, an qui testamentum fecit, ius testandi habuerit; spectanda [19] ea esse eo tempore, quo quis testatur; non postea, ut, si quidem superiore aliqua caussa prohibeatur quis testamentum facere, & cum prohiberetur, fecerit; testamentum non valeat, quandocunque postea, quamvis mutata conditione, decesserit. Contra si tunc, cum testatur, in ea caussa fuit, ut testamentum posset facere: testamentum ita valeat, ut non infirmetur, quamvis in suprascriptam aliquam caussam inciderit. Ut puta, filiusfamilias, servus, pupillus furiosus testamentum fecerunt. Hoc non valebit, quamvis filiusfamilias sui iuris, servus liber, pupillus pubes, furiosus compos mentis factus decesserit. *L. si filiusf. fam. D. qui test. fac. poss.* §. *præterea, Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Efficitur hoc regula Catoniana, quæ dictat, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id, quandocunque decesserit, non valere; *L.* 1. *D. de reg. Cat.* & (quod aliis verbis regula iuris expressum est,) quod initio non valuit, tractu temporis non convalescere. *L. quod initio, L. quæ ab initio, D. de reg. iur.* Finge e converso, hominem puberem sanæ mentis, non furdum, non mutum, de re sua recte testatum esse. Non eo minus ratum manebit testamentum, quod forte furiosus, aut prodigus, aut mutus, & surdus esse cœperit, atque ita decesserit. §. *furiosi*, §. *item prodigus, Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. is, cui. in pr. L. qui in potestate*, §. 1. *D. qui test. fac. poss.*

XIV. Non obstat quod alicubi traditum est, quæ ab initio recte gesta sunt, vitiari, cum in eam caussam inciderint, a quo incipere non poterant, ut *L. pro parte, D. de servit.* Hoc enim de rebus cœptis necdum perfectis dictum est, ut de stipulatione, quæ dationem rei promissæ adhuc exspectat, quo ad exitum perducatur; ad res perfectas, & consummatas non pertinet, quale est testamentum ita factum, ut habeat ab initio res omnes, quas iusti testamenti factio desiderat. De quo disserui fusius ad *L. pluribus*, 140. §. *ult. D. de verb. obl.* Et habet hoc posterius manifestam rationem a natura ductam. Quod enim semel ab initio omni ex parte perfectum est, nullo eventu postea incidente fieri potest, quin perfectum fuerit, quoniam facta infecta nullo iure fieri possunt. *L. in bello*, §. *facti, D. de captiv.*

XV. Quod tamen dicimus, conditione testatoris superioribus casibus mutata, non eo minus consistere testamentum, quod ab initio perfectum fuerat; non eo usque producendum est, ut putemus, ad omnem personæ testatoris mutationem, quæ post testamentum recte factum contigerit, pertinere. Ad superiores tantum mutationes, de quibus modo dixi, pertinet, quæ scilicet, bonis testatoris, & statu personæ salvis, contingunt. Quod si ea mutatio inciderit, quæ auferat etiam bona testatori: placet, testamentum, quod rite perfectum erat, hoc casu infirmari, fierique id, quod dicitur irritum, non sane propter mutatam conditionem personæ: sed propter adempta bona, quæ qui non habet, aut non habet in sua potestate, is utique heredem habere non potest, qui in ea ex testamento succedat. Quod totum capitis minutione testatoris contingit. Sed cum ea mutatio omnis fit eiusmodi, qua testamentum irritum fiat; sitque hæc species una ex iis, quibus testamenta infirmantur: opportunius de hac parte tum dicemus, cum venerimus in eum locum communem, in quo de universa testamentorum infirmatione quæritur. Quamobrem in eum locum hanc partem reiiciemus.

CAP.

19) Obst. *L.* 1. §. 8. *D. de bon. poss. sec. tab.* Duar. *h. t. C.* 2. *circ. fin.* respondet, verborum, *utroque tempore ius testamenti*, *&c.* sensum esse, quod non sufficiat tempus mortis, de quo illic quæsitum: non vero negari, sufficere tempus facti testamenti.

CAP. VI.

Quemadmodum testamenta fiant, seu quomodo, quibusve solemnibus ordinentur. In his solemnibus multa, & diligens cautio ad fidem testationis cur inducta a Romanis. Et de duobus generibus testamentorum publica fide ordinandorum, per preces principi oblatas, & apud acta cuiusvis iudicis.

Quare tam multa in testamento solemnia, cautiones, subtilitates iure civili requirantur. I.
Testamenta fiunt vel publica, vel privata fide. II.
Fide publica quomodo. III.
De testamento Principi oblato. IV.
De testamento actis insinuato. V.

I. UT ad vim testamenti pertinet testantis persona: ita proximo loco testandi modus. Sic enim ius est, ut proposui, ut qui testamentum facere potest, idem certo modo, & certis solemnibus extrinsecus adhibitis testari debeat, quæ solemnia ius commune præscribit. Locus comprehensus his Titulis, D. *Qui testamenta facere possint, & quemadmodum testamenta fiant*; in C. *De testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur*: in Institutionibus, *De testamentis ordinandis*. Hic modus observatio est, & cautio certarum rerum ad firmandam testationis fidem pertinentium, quo certo constare possit, hoc esse testamentum defuncti, quod profertur. In quo genere multa [1] singulari iure a Romanis exacta sunt præter rationem aliorum omnium instrumentorum, & testationum, prope ad exactam, & extremam diligentiam, atque subtilitatem. Quod ille testator querebatur apud Scævolam, *nimiam, & miseram diligentiam* vocans: in *L. Lucius*, 88. alias *L. Scævola*, *§. ult. D. de legat*. 2. Quod ne quis miretur ab illis factum esse, ratio reddita est a Iustiniano in *L. ult. §. cum enim, C. de fideic.* ne quid hic scilicet falsitatis incurrat. Hoc præcipue cautum in testamentis, quia [2] huic peri-

1) Ita, ut vix quisquam sine iuris perito testamentum facere auderet. Cuiac. *in L. 1. h. t. per d. §. ult*. Quærit Cuiac. 14. *Obs.* 12. cuius regionis, vel civitatis leges, moresve in ordinando testamento servandæ? Respondet, non loci bonorum sitorum, nec ubi condidit testamentum (in quo diss. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 3. n. 17. & seqq.) sed patriæ per *L. 9. C. de testam. L. 2. C. quemad. test. aper.* & per Ulp. *Tit.* 20. §. 14. Cuius autem patriæ? Domicilii potius, quam originis.

2) Plutarch. *Lib. de Amore* prolis: *Arena*, inquit, *pulvis, & penna avium varias voces edentium, minore numero, quam qui alienas hereditates ambiunt*. Fraudibus itaque istorum heredipetarum, omni ætate, maxima cura obviam itum. Hinc actio, & iudicium internecini de quo in *L. 14. C. Th. de accusat.* Isid. *Lib.* 5.) in subiectores falso confecti testamenti, & necem domino illius machinatos. Unde & *internecinum* (vel, ut Hot. *internecivum*) testamentum, propter quod Dominus eius hereditatem acquirendi caussa necatus. Fest. *Lib.* 9. Vid. Cuiac. 1. *Obs.* 2. & Hot. 2. *Amic.* 2. Hinc illi veterum testationum ritus, quos, quia noster omittit, hic libet perstringere. Cognitio enim antiqui iuris, præterquam quod iucunditate animum demulcet, suo usu non plane caret. Primis fere urbis, & iuris Romani annis testamentorum duo erant genera, §. 1. *I. h. t.* Legibus XII. Tabb. antiquiora *Connan.* 9. *Com.* 1. I, tempore militiæ, quod procintum, *ibid.* veteribus *endo*, vel *in procintu* dicebatur, Cic. 2. *de Nat. Deor.* Ulp. *Tit.* 20. §. 2. Hot. *in d.* §. 1. cum viri ad prælium faciendum in aciem vocarentur, Agell. 15. *Noct.* 27. & mox manus conferturi in acie, priusquam togam præcingerent, ac clypeos reciperent, præsentibus commilitibus tribus, aut quatuor, heredem nuncupabant. Plutarch. *in Coriolano*, Theoph. *pr. Inst. h. tit.* Vid. de cingendi more Briss. 2. *Antiq.* 7. II. tempore pacis, & otii, *calatis comitiis*, dictis ab antiquo *calare*, quod a Græco, *καλεῖν*, vocare significat. Alex. 4. *Gen. dier.* 3. Rosin. 6. *Antiq.* 1. Vult. *pr. I. h. n.* 27. & ibi Vigl. *n.* 5. Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 4. Unde & *calenda*; Briss. 1. *Formul. p.* 119. Rosin. 6. *Antiq.* 4. & servi *calatores*. Plaut. *in Pseud. Act.* 4. *Sc.* 2. & *in Rudente, Act.* 2. *Sc.* 3. Horum comitiorum tria genera pro triplici Quiritum distinctione, tributa, curiata, centuriata. In his ex censu, ætate, & ordine, populo per cornicinem, tuba, seu buccina (quæ *classicum* dicta) ex singulis centuriis CXCII. & V. classibus; in illis ex generibus omnium, populo per præconem, seu nomenclatorem ostiatim ex curiis XXX in istis regionibus, & locis, populo ex tribubus XXXV. convocato, suffragia ferebantur. His ergo comitiis coram universo populo extrema sua testaturi dictabant obtestantes Quirites, vellent, iuberent, ea rata esse, & servari curarent, ut ita quodammodo quasi in vim legis vigere viderentur. Et hoc forte est, quod Ulpian. *Tit.* 24. §. 1. scribit. *legare* (quo verbo lex XII. Tabb. usa) esse legis modo relinquere. Succedente ætate, apparebat, hac ratione non satis esse provisum, tum ob infrequentiam comitiorum (multi enim morte præveniebantur); tum ob inauspicati ominis opinationem, hominem sanum testandi cogitationem suscipere, quæ aliquem mortis, quia humanæ menti nihil terribilius, sensum haberet: Theoph. *in pr. I. h.* t. Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 5. Coras. 5. *Misc.* 12. *n.* 3. tum quod mutare, antequam alia comitia advenissent, non liceret: denique palam dictari frequenti populo necesse esset quæ secretiora esse testatoris magni interesset. Quare introductus est sive a iuris prudentibus legem decemviralem, *uti quisque legassit*, interpretantibus Ræv. *Auct. Prud.* C. 11. sive ipsa lege XII. Tabb. constitutus, ut Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 5. (quod verius videtur Agell. 15. *Noct.* 13. *in fin.*) modus omnibus personis, sexui (ante enim fœminis, quibus comitiorum nulla communio, nulla testandi facultas) tempori convenientior *per æs, & libram*, qui duo continebat: Ulp. *Tit.* 20. §. 9. *Mancipationem*, seu imaginariam venditionem (cuius in testamento ratio, I. quia in omnibus fere maioris momenti rebus, & negociis, emptionis contractus, quo nullus tutior, certiorque habebatur, ex Quiritium institutis intervenit. Vult. *pr. I. h. t. n.* 33. Vid.

periculo maxime præter cæteras testationes obnoxiæ sunt supremæ voluntates ob præsens, & ingens lucrum inde propositum, si falsitas processerit. Et experientia omnium temporum docuit, quam multi inhient alienis hereditatibus, & quam variis artibus ad eas sibi aditum struant.

II. Forma voluntatis supremæ testandæ iure civili duplex recepta est: Ius enim est & fide publica testari, & privata.

III. Publica fide testari licet duobus modis: aut testamento precibus inserto, & precibus Principi oblatis; aut suprema voluntate actis cuiusvis Iudicis, vel municipum insinuata. Genera duo notata, & constituta in *L. omnium, C. de testament.*

IV. Prius sic perficitur, si voluntatem suam supremam comprehendat quis libello supplici, libellum deinde offerat Principi petens, ut libellum, & supremam hanc voluntatem suam in scrinia sua recipiat. Moris fuit apud Romanos, ut Principes reciperent libellos oblatos, qui deinde in consistorio Principis legebantur, omnibus proceribus, & iis, qui in consistorio erant, audientibus. Lecti libelli tradebantur magistris libellorum, per quos ut hic postulabat, referebantur libelli in [3] scrinia Principis: quod & huic libello, de quo quærimus, accidebat. Idque est, quod in *d. L. omnium* dicunt Imperatores, illas preces, id est libellum istum, inter tot nobiles, probatasque personas etiam conscientiam Principis tenere. Hæc sunt scrinia, quæ ibi nominant, cum ita scribunt: *Nec de eius unquam successione tractabitur, qui, nobis mediis, & toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste, succedit*, Non autem scrinia intelligenda sunt scrinia pectoris Imperatorum, ut imperiti Interpretes fecerunt, qui ex eo loco collegerunt scilicet, Principem habere omnia iura in scrinio pectoris, quasi aut principes omnia iura pectore suo comprehensa teneant, ut plurimum iuris ignari; aut, si tenerent, quasi, Principe alicui testimonium præbente, simul etiam iura omnia, quæ sunt in pectore Principis, eidem testimonium præberent. Sed, ut dixi, libellus referebatur in scrinia Principis. In his erant epistolæ, rescripta, decreta Principum, ibique asservabantur. Atque his rebus omnibus ius continebatur. *L. 1. D. de const. Princ. §. sed & quod, Inst. de iur. nat.* Hoc toto iure velut teste, heres ex superiore libello succedit. Hinc nimirum libello, & testamento ibi inserto fides conciliatur, quæ omnium testamentorum [4] fidem, & solemnitatem superat, ut est in *d. L. omnium*. Nempe fides publica, qualis etiam in actis minorum subselliorum, tanquam monumentis publicis, inesse solet. *L. in donationibus, C. de donat.* Monumenta publica, qualia etiam minora hæc acta sunt, alios testes non desiderant. *d. L. in donationibus*.

V. Posterius genus peragitur hoc modo, cum, Iudice, aut municipibus, ius dicentibus, ingreditur quis in eum locum, ubi iuris dicendi caussa consistitur, & ibi apud acta, idest quo loco acta de rebus ibi gestis conficiuntur, palam coram iudice, aut municipibus declarat voluntatem suam supremam; petit, ut, auctoribus his, in acta referatur: vel voluntate sua prius scripto comprehensa, quam suam supremam esse testetur, scriptum ipsum, etiam involutum, offert iudici, aut municipibus, petitque scripturam in acta referri. Iudex, aut municipes pro officio

in

Vid. Cont. 1. *Disp.* 12. Ræv. *ad L.* 16. *de R. I.* II. quia cum in testamentis alienatio fieri videatur tempore prohibito; effectusque eius conferri in id tempus, quo alienans dominus non est (Vid. A. Fab. 14. *Coniect.* 20. Alb. Gent. 4. *Lect*, 6.): hoc simulatæ venditionis commento ei difficultati sit occorsum, ut emptori familiæ bona ita manciparentur, tanquam inter vivos, sub fiducia heredi instituto, & secreto forte in tabulis scripto, eadem remancipandi. Hot. 9. *Obs.* 12.) uno oummo insignato, qoi *as & raudusculum* diecebatur, a Statio vocatur *nummus Caianus*, a familiæ emptore; qui alius ab herede, §. 10. vers. *licet*, *I. h. t.* Plotarch. *Lib. de Sera Num. vind.* Hot. 9. *Obs.* 12. Conn. 9. *Comm.* 1. *n.* 6. libræ impolito, qui appendebatur per libripendem testatori, ecu venditionis pretium. Caius 1. *Inst.* 6. §. 4. Boet. in *Top.* (Qui ritus ex antiquo appendendi argenti infecti, ante usum signatæ monetæ inventum, more, Plin. *Lib.* 33. C. 3. Budæ. *Lib.* 1. *de Asse*, *pag.* 31. *&* *Lib.* 5. *de Asse*, *p.* 203. Briss. 3. *Antiq.* 7. Forner, *ad. L.* 159. *de V. S.* quem hodieqoe politissimos Asiæ extremæ populos Chinenses servare, tradit Io. Mendoza *Lib.* 1. *de Regno China*, C. ult. (, quinque testibus civibus Romanis præsentibus) de quo *not. Cap. seq.* o. 6. & *nuncupationem*, cuius formula apud Ulp. *d.* §. 9. Cum autem fictæ illius mancipationis aliqua essent incommoda: propterea Prætor aliam rationem invenit, quæ familiæ emptoris, & libripendis adhibendorum necessitate solvebat, ut tamen in eorum locum duo alii testes quinque reliquis accederent. Indeque evenit, ut testandi illud genus per æs, & libram paulatim per desuetudinem evilesceret. §. 1. *in fin. I. h. t.* Quod autem Cuiac. putat *in L.* 1. *D. h. t.* sublatum illum modum per *L.* 15. *C. de testam.* Id nec ex illa lege liquet, nec Imperatoris verbis in *d*, §. 1. *partim in usu esse desiit*, satis convenit. Postremo denique ius civile Prætorio coniunctum, & in unam otrunque consonaotiam redactum eo modo, qui in §. 3. *I. h. t.* exponitur.

3) Walth. 1. *Misc.* 34. *Scrinium*, inquit, in *L.* 19. *C. de testam.* est armarium, quo epistolæ, libelli, cæteraque litteraria monumenta conservabantur. Plin. *ad Traianum* Fl Vopisc. *in Aureliano*. Unde Ulp. *princeps scriniorum*, & *magister scrinii* vocatur: Lampr. *in Alex. Severo*. Vid. & Donell. noster *ad d. L.* 19. C. *h. n.* 5. Diss. cum *DD.* vulgo, scrininm pectoris intelligens Dauth. *in d. L.* 19. *n.* 5.

4) Cum enim princeps populum repræsentet, simile hoc est testamentum illi antiquo, quod calatis comitiis, ubi populos omnem solemnitatem supplebat. Vacon. 1. *Declar.* 16. *n.* 5. Coras. 5. *Misc.* 12. *n.* 1. Vigl. *in* §. 1. *I. h. n.* 7. Vult. *pr. I. h. t. n.* 31.

in acta referri iubent. Ex illo huius scripturæ ea vis erit, quæ & cæterorum actorum, nempe fides publica, & quæ habeat perpetuam firmitatem, tanquam monumenta publica, ut de hoc genere actorum, seu gestorum traditur in *L. ult. C. de re iud.* Et quoniam inter monumenta publica est: intelligemus, non 5 magis in hoc genere, quam in superiore, testes alios desiderari. *d. L. in donationibus, C. de donat.*

5) Quod & sanxit D. Augustus Saxonicus Elector *Const.* 3. *P.* 3. Ipse autem testator deponere debet, non per alium. Moller. *in d. Const.* 3. *n.* 13. *& seqq. & 1. Semester.* 5. Vid. & Virgil. Pingitz. *ill. q. Sax.* 29. *n.* 73. *& seq.* Fach. 6. *Contr.* 86.

C A P. VII.

De testamentis privata fide ordinandis. Hic aliam formam exigere testamentum scriptum, aliam nuncupativum. Scriptum qua materia edatur, nihil referre. Confirmationem constare certis solemnibus. Consistere hæc in his velut testationis partibus: in testibus, in testatione voluntatis coram his edenda, in facto testium. Tum de testibus. Hos prius rogatos quot, & quales adhiberi oporteat.

Testamentum privata fide factum quale sit. I.
Fit autem scripto, aut nuncupativo. II.
Testamentum scriptum constat scriptura, eiusque confirmatione. III.
In quavis materia scribi potest, etiam ante contestationem voluntatis & per quemlibet etiam servum. IV.
Eius confirmatio posita in testibus adhibendis, nuncupatione testamenti, & testificatione ipsorum testium. V.
In testibus exigi rogatio, numerus, & conditio Personæ. VI.
Testes idonei, qui non prohibentur. VII.
Prohibentur quidam natura, quidam lege. VIII.
Natura quinam. IX.
Lege prohibentur quidam in totum, quidam in certis tantum testamentis. X.
In totum statu, sexu, damnatione. XI.
Statu servus, nisi pro libero habitus communi opinione, & deportatus. XII. XIII.
Sexu mulier. XIV.
Damnatione, publico iudicio damnati, quique intestabiles esse iubentur: emendatur L. qui testamento §. cum, qui, D. qui test. fac. poss. XV.
Quibus ex causis nonnulli, quamvis, idonei, testes esse non possint in testamento. XVI.
Testis esse non potest filius in testamento patris, neque pater in Testamento filii, neque frater in testamento fratris, si filii sunt in eiusdem patris potestate, secus si emancipati. XVII. XVIII. XIX.
Sed nec heres, neque heredis filius, aut pater, neque fratres, qui sunt in eiusdem patris potestate. XX. XXI.
Legatarii, & fideicommissarii possunt. XXII. XXIII.
Quoad testium conditionem spectatur id tempus, quo ad testamentum adhibentur. XXIV.

I. Privata fide testamentum fit, cum fit, adhibitis privatis testibus, & ut est in *d. L. omnium*, cum quis mentis suæ postremum iudicium publicat auribus privatorum.

II. Forma hæc testandi privata & ipsa duplex est. Licet enim hoc modo & testari [1] scripto, [2] & sine scripto per nuncupationem. *§. ult. Inst. de test. ord. L. hac consultissima, in princ.* & *§. per nuncupatio-*

1) Vult. *pr. I. h. t. n.* 39. hanc distributionem esse a forma accidentali, cum & nuncupativum in scripturam redigi possit, licet non necesse sit.
2) Vid. Duar. *h. t. C. de testam. in scriptis* 5. Testamentum autem pagani necesse est litteris conscribi (militis valet etiamsi notis, ut infra *Cap. ult.*) nec datur bonorum possessio secundum notariam, nisi inter liberos. *L. ult. C. fam. erc.* Quod tamen correctum per *Nov.* 107. Vid. Cuiac. 3. *Obs.* 3. Potest autem unum testamentum pluribus exemplis, & tabulis consignari. *L.* 24. *D. §.* 13. *I. h.* ubi unum testamentum, *L.* 3. *§.* 1. *de tabb. exhib. L. ult. de his, quæ in test. del.* quodque authenticum. *L.* 1. *§.* 5. *de bon. poss. sec. tabb.* Hot. *ad d. §.* 13. ubi negat, pluribus licere unis tabulis, testibus, & actu testari, & sua testamenta in unum codicem redigere. Vid. idem, 4. *Obs.* 1. & Gail. 2. *Obs.* 117.

pationem. *C. de testam.* Aliam observationem scriptura desiderat, aliam nuncupatio, quam ob rem hæc genera distinguuntur.

III. Scripti testamenti ordinatio constat duabus his rebus: scriptura testamenti, & eius scripturæ confirmatione.

IV. De scriptura testamenti cuiusque hæc notanda sunt: nihil referre, qua materia testamentum scribatur, dum scriptum legi possit: *§. nihil autem, Inst. de test. ord. L. 1. in pr. D. de bon. poss. sec. tab. L. quoniam, C. de testam.* nihil referre, quando scriptum, utrum tunc, cum quis testatur coram testibus; an multo ante. *d. L. hac consultissima, §. in omnibus:* nihil referre, a quo [3] scriptum sit, utrum a testatore, an ab alio quovis, dictante testatore: *d. L. hac consultissima, in pr.* usque adeo, ut placeat, etiam servum, licet alienum, iussu testatoris testamentum scribere non prohiberi. *L. servus, D. qui test. fac. poss.* Mutaverat hoc ius Iustinianus in *L. iubemus, C. de testam.* & exegerat, ut nomen heredis aut scriberet testator manu sua, aut palam nuncuparet coram testibus, qui deinde & hoc exprimerent in suis subscriptionibus. Quod ius refertur in *§. sed his omnibus. Inst. eod.* Sed & hoc ille sustulit postea Novella constitutione, cavens ad vim testamenti nihil interesse, utrum testator per se, an per alium scribat nomen heredis. *Auth. & non observato, C. de testam.* Qua constitutione ad ius illud antiquum superius rediit, nihil ut intersit, ne nunc quidem, a quo testamentum scribatur.

V. Scripturæ huius confirmatio, & attestatio tribus in rebus, tanquam huius actionis partibus, posita est. Partes eo diligentius notandæ: quod recte, & facile, ac sine ullo errore aperient res in hac observatione necessarias; quæ alioqui tam variæ, tam sparsim, ac nullo recto ordine, aut certa ratione in libris nostris sunt traditæ. Sunt igitur hæ partes tres. Prima in testibus colligendis, qui recte adhibeantur. Secunda in testatione voluntatis, quam voluntatem testator coram testibus declaret. Tertia in facto, & contestatione testium.

VI. Prima cura testatoris in hac re esse debet, ut [4] testes necessarii recte adhibeantur. Hæc adhibitio iure tria desiderat, quæ proinde cuique in hac parte spectanda sunt: [5] rogationem testium; iustum numerum; & singulorum idoneam conditionem. Cum in aliis caussis non rogati testes recte interveniant: *L. ad fidem, D. de testib.* in testamentis testes rogatos esse oportet. *d. L. hac consultissima, in pr. L. heredes, §. in testamentis, D. qui test. fac. poss.* Rogatos accipimus, non tantum si ab initio rogati sint ad testamentum: sed etiam, si ad aliam rem ab initio vocati, & collecti, aut fortuito intervenientes, prius admoniti sint, se ad testamentum adhiberi. *d. L. heredes, §. in testamentis.* Numero, cæteris in caussis testes duo sufficere solent: *L. ubi D. de testib.* in testamentis [6] numero septem esse oportet. *d. L. hac consultissima, in pr. §. sed cum paulatim*

3) *L. 10. D. h. t.* adeo ut & mulier scribere id possit, ut ex *L. 6. §. ult. & L. 15. §. pen. de fals.* probat Cuiac. 3. *ad Afric. ad d. L. 6.* Si autem ipse scribat, dicitur *holographum*. Cuiac. *ad L. 20. pr. h. tit.* Vid. & P. Fab. 3. Semestr. 23. p. 344.

4) Vult. *in §. possunt autem, 5. & seqq. I. h. t.* n 6. Duo hic attendenda: Personæ testium, & adhibendi modus, requirens rogationem (ut scientes de negocio magni momenti tractari, diligentius attendant): præsentiam corporis, & animi. *L. 9. L. 12. C. h.* & numerum.

5) Et confirmatur in *Reichsabschiedt, anno* 1512. Forner. 2. *Select.* 10. In iis fere, inquit, quæ testato geruntur, etiam præter præsentiam testium, rogatio, & advocatio requiritur, ut in *L. 9. de divort. L. 18. & Auth. seq. C. de testib. Nov.* 90. C. 2. Quæ vero clam transiguntur (furta, cædes, stupra &c.), etiam fortuitis testibus probantur. *L. 8. §. 6. C. de repud.* Si igitur inviti adsint testandi actui, nihil agitur. *L. 20. §. ult. h.* Nihil autem refert, testator ipse roget, an eius nomine alius. Menoch. 4. *Præsumpt.* 8. *n.* 13. Olim in testamento per æs, & libram vocabantur testes per antestatum. Connan. 9. *Comm.* 2. *n.* 1. Et aurium attrectatio adhibebatur, ut probat Hot. *Præf. I. h. t.* Quia autem solemnitas extrinseca præsumi non solet; Mynf. in *§. 1. I. h. n.* 8. consulto adiiciunt notarii formulam, *testibus præsentibus, adhibitis, & rogatis.*

6) Quæ ratio? Plerique hic silent. Vult. *in §. possunt, 5. & seqq. I. t. h. n.* 27. rationem nullam aliam esse, quam quia sic placuit, & Forcat. *Dial.* 14. *n.* 7. quia hic numerus mediocris visus est. *Arg. L. 1. §. 3. de postul.* Ratio hæc vere nulla est. A. Fab. *ad. L.* 20. *de legib.* esse hoc exemplum iuris constituti, cuius natura hæc ut ratio eius nec investigari debeat, nec reddi possit. Quem sensum esse, putat *d. L.* 20. *de legib.* Sed refelli supra *in not. Lib.* 1. C. 13. *n.* 8. Io. Dauth. *de Testam. Tit. de Testib. testamentar.* n. 420. septenarium, quia sacer, & perfectus, supremæ ordinationis perfectioni convenientissimum iudicatum, censet. Quo faciunt quæ de septenarii perfectione congessit Andr. Lauren. *Lib.* 8. *Histor. anatom.* Q. 31. & quod Imperator in *Const. Tanta, §. 1. in fin.* Digesta in septem partes digerendo, in numerorum naturam, & artem se respexisse, testatur, ex superstitione veterum, qui religionem, & divinitatem quasi inesse septenario, putabant. Duar. *ad Inscript. Pand.* C. 3. Verum nec hic pedem figo, numerorum, utpote quantitatis, per se nullam efficaciam esse, statuens. Nam, si quæ sunt septenarii vires, in ætatibus, morbis, diebus decretoriis, aliis mutationibus, ad siderum influxum humores agitantem, ac temperamenta mutantem, aliasque abditiores caussas; magis quam ad perfectionem numeri referenda, quæ caussæ, quia nos clam sunt, per earum comites numeros indicari possunt. Conimbricens. *Lib.* 1. *de Gener. & corrupt.* C. 4. Q. 2. *Artic.* 2. Vid. & Fernel. 4. *Patholog.* C. 11. Levin. Lemn. 2. *de Occult.* C. 32. Valles. *de Sacra Philos.* C. 70. P. Greg. 15. *Synt. Art. mirab.* 10. Quid, quod alii novenario; Plutarch. *de Homero, f.* 56. alii ternario, (quem & primum esse numerum, non binarium, A. Gentil. *Lect. Virgil.* C. 15. statuit) absolutionem tribuunt? Et Ammon. *apud Plutarch. Lib. de ei foribus templi Delphici inscripto, f. m.* 287. quemvis numerum sui laudandi materiam ingenioso præbere. Quid igitur? Numerus hic ex edicto Prætoris est, §. 4 *in fin. I. h.* 1. non, ut Hor. *ibid.* vult., ex lege Cornelia testamentaria. Cum enim Prætor fictitiæ mancipationis ambagibus, & ritibus familiæ venditionis solvere vellet, numerum

latim, *Inst. de test. ord.* Conditione oportet testes esse idoneos.

VII. Idonei sunt, qui testes esse non prohibentur, ut facile intelligere est ex *§. testes, Inst. eod.*

VIII. Prohibentur quidam [7] natura, quidam lege.

IX. Natura, qui, etiam si velint, & ius concedat, testimonium perhibere non possunt. Quod contingit vel quod non intelligant quod agitur, animi morbo, aut infirmitate ætatis impediti, ut furiosus; impubes; is, cui bonis interdictum est, id est prodigus: vel quia sensu percipere non possunt quod fit, dicitur; non audire, ut surdus; non videre, ut cæcus: vel quia, quod perceperint, & recte intellexerint, eloqui, & testari non possunt, ut mutus. Hinc istos, ne in testamento testes sint, comprehensos videmus in *d. §. testes & seq. Inst. de testam.* Cur autem esse non possint, caussa superius intellecta est. Omissus est illic cæcus: sed hunc in testamentis a testimonio removeri, vel ex eo satis intelligitur, quod subscriptio desideratur a testibus testamentariis. Hanc cæcus præstare non potest. Sed nec illud certo percipere cæcus potest, quis sit testator, qui testes: illud nullo modo, num ex fide ab illis omnia gerantur, an vero quid fraudis ab his admittatur. Ad quod tamen periculum amovendum præcipue adhibentur testes.

X. Lege prohibentur testes esse qui, cum natura testimonium perhibere possint, iustis de caussis lege prohibentur. Ex hoc genere prohibentur testes adhiberi quidam in testamentis in totum; quidam ob privatas tantum caussas in id testamentum, de quo agitur, incidentes.

XI. Prohibendi in totum tres caussæ; status personæ; sexus; damnatio.

XII. Statu personæ prohibentur, qui cives Romani non sunt. Nam & testes testamentarios cives Romanos esse oportet, ut est in *d. L. hac consultissima, in pr. C. de testam.* Hoc verbo [8] exclusi servi. Hi non in hac re tantum, sed & in totum iuris civilis communionem non habent. *§. testes, Inst. de testam. ord. L. qui te-*

merum quinque testium, quos ius civile requirebat, accessione duorum auxit, qui in locum familiæ emptoris, & ponderatoris, ad imaginem quandam, & retentionem, usurpationemque vetustatis suffecti. Vid. *Not. C præced. n.* 3. Cur autem quinque testes ius civile in testamento per æs, & libram requisivit? Rationem ex Sext. Pompeio Festo coniectare, & colligere licet, quam certissimam puto. Is *Lib.* 3. *de V. S. f. m.* 1209. *Classici testes dicebantur, qui signandis testamentis adhibebantur.* Quare classici? Quia ad quinque classes, in quas populus Romanus pro census qualitate distributus respicitur, ut recte, licet paucissime innuunt Ioach. Hopper. *Lib.* 4. *ΘΕΣΑΥΡ.* *pag.* 139. Iac. Rævard. 1. *Coniect.* 20. & M. Anton. Delrio *Lib.* 2. *de Princip. Iur. pag.* 32. Non tamen ea ratione, quasi soli illi, qui in quinque classibus censi, signandis testamentis adhiberi possunt, ut vult Rævard. quasi proletariorum, & capite censorum, qui extra classes erant, paupertas suspecta fuerit, quia falsi materiam præbeat. Quod nec verum puto, *Argum. L.* 8. *de susp. tutor.* nec conveniens. Et quid dicit Rævard. de signandis testamentis, cum ea obsignatio non fit ex iure civili, sed prætorio §. 3. *l. h. t.* Sed ideo, opinor, classici dicti, quod quinque classes repræsentarent. Romulus enim primo in tres tribus, Tatienses, Rhamnenses, & Luceres populum divisit post bellum Sabinum, Plutarch. *in Romulo*, Varro, 4. *de Ling. Lat. f. m.* 3126. licet Halicarn. *Lib.* 2. velit, id factum ante bellum Sabinum, & Liv. *Lib.* 1. auctorem tribuum Tullium faciat. Unde & tribus dictæ quarum cuique præfecit duces tribunos. Has iterum in denas æquales partes distribuit, quæ curiæ vocatæ. Plutarch. *d. loc. L.* 2. §. 2. *de O. I.* Nec tribus cum curiis confundendæ, ceu facit Ascon. *in* 1. *Verrina*. Vid. Turneb. *in Comm, Orat.* 2. *Rull.* Rosin. 6. *Antiq.* 2. Postea Servius Tullius, qui primus censum instituit, ut belli, pacisque munia non viritim, ut antea, sed pro cuiusque facultatibus conferrentur; classes, centurias, & ordinem ex censu descripsit, & pro census qualitate in quinque classes, ac 193. centurias populum, seu primores potius cives divisit. Vid. Halicarn. *Lib.* 4. Nicol. Perott. *Cornucopia in* 5. *Martial. Epigr. f. m.* 509. *& seq.* Budæ. *Lib.* 5. *de Asse*, *pag.* 166. Coras. *in L.* 2. §. 2. *de O. I. n.* 23. Rosin. 6. *Antiq.* 8. Quibus accessit una centuria omnium civium, quorum census minor undecim millibus æris, idest, ut Budæus, 110. aureis gallicis, vel, ut alii, 22. minis cum dimidia, continens multitudinem. Horum alii proletarii (ab officio prolis edendæ, quod, cum re familiari Rempublicam parum iuvare possent; soboli tamen gignendæ operam darent, & civitatem frequentarent. Perott. *d. loc.* Ræv. *ad LL. XII. Tabb. C.* 9.), qui supra mille & quingenta æris in censum deferebant: alii capite censi, qui ob tenuitatem rei familiaris, non ære sed capitibus censebantur. Perott. *d. loc.* Et hi in classibus non erant. Arnob. *Lib.* 2. *p. mihi* 80. Definite, inquit, hominem (proletarius cum sit, classibus, & capite cum censeatur) adscribere ordinibus primis. Utrique in militiam legi non poterant, nec in legionibus esse fas erat, nisi civibus Romanis, qui in quinque classibus censi essent, ludicræ artis expertes, Plutarch. *in Romulo*, Rosin. 10. *Antiq.* 4. Perott. *d. loc.* Et facultatibus lapsi, animadversione censoria classibus exempti, inter hos referebantur. Ræv. 1. *Coniect.* 20. Quanquam autem deinde in tribus 35. quatuor urbanas, unam suburbanam, & 20. rusticas (quarum nomina ex Manutio refert Goth. *ad Fragm. XII. Tabb.* ex *Lib.* Cic. 3. *de LL. Tit. de Censoribus*), populus divisus: Rosin. post alios 6. *Antiq.* 15. nunquam tamen plures quinque classibus civium ex censu delectorum. Aliaque, & diversa fuit distributio iuxta tribus, in qua census, & facultatum non habebatur ratio; sed ex regionibus urbis distinguebantur: &, ut ait Turneb. *in Lib.* 3. Cic. *de LL. f.* 172. in una tribu, verbi gratia (prima, decima, decima quinta, vigesima sexta &c.), erant homines ex omnibus classibus, & centuriis. Has igitur classes puto, testes illos quinque classicos repræsentasse. Decem viri enim, ne per novam formam testandi per æs & libram, a veteri observantia longiuscule recessum videretur, quinque testes adhiberi voluerunt, qui singuli singulas classes referrent; ut ita per hanc repræsentationem, & iuris interpretationem, ac fictionem, eamdem firmitatem, ac quasi legis vigorem suprema iudicia consequerentur, ac si coram frequenti Quiritum turba in comitiis centuriatis convocata, ordinata, dictata, expositaque fuissent. Ad centuriata autem potius comitia, quam ad curiata, vel tributa respexerunt, tum quia ea de rebus magis feriis, & maiori religione captatis auspiciis &c. instituebantur. (Vid. Rosin, 6. *Antiq.* 14.); tum ne, si vel iuxta numerum curiarum triginta aut tribuum triginta quinque testes requirerent, nimiopere libertas testandi, ob difficilem convocationem, & conventionem tantæ multitudinis, coarctaretur. Sed de his satis. Cæterum iure Canonico duo testes sufficiunt, maxime accedenti Parochiano. *C. cum esset*, 10. *& seqq. extr. de testam.* Vid. & Fachin. 6. *Contr.* 47. Moll. 3. *Semestr.* 44.

7) Vid. Duar. *h. t. C. de Testib. idoneis*, 6. Vigl. *in* §. 6. *I. h. t.* Vult. *in* §. *possunt*, 5. (ipsi a.) *& seqq. I. h. t. n.* 10. *& seqq.*

8) An & monachi, qui servis æquiparantur? Hos non arceri, Clar. §. *testamentum*, Q. 55. *n.* 7. Vult. *d. loc. n.* 17.

testamento, §. *servus*, *D. qui test. fac. poss.* Denique iure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. iur.* Adiicere oportet & deportatos, etsi nusquam nominatim in hac causa exceptos legimus, ac nec in *d.* §. *testes*, & *seqq.* Satis enim excipiuntur hoc ipso, quod hic postulantur testes cives Romani. Nam deportati cives esse desierunt. §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Quod de deportatis dictum, eo pertinet: ut intelligamus, quamvis testamentum fiat in ea insula, in quam quis deportatus est: tamen deportatum, ne ibi quidem, ad testamentum adhiberi posse.

XIII. Illa in hoc genere circa servos exceptio recepta est, ut si servus adhibitus [9] testis eo tempore, quo testamentum fit, omnium consensu liberi loco fuerit; nec quisquam fit, qui ei status quæstionem moveat: benigne constitutum sit, sic testamentum ratum esse, ac si, ut oportebat, factum esset. §. *sed cum aliquis*, *Inst. de testam.* Contentaneum erat, ut, deportato adhibito teste, in eodem errore idem diceremus, nisi hunc alia caussa removeret, damnatio; de quo mox.

XIV. Sexu [10] mulier in testamento testis esse prohibetur, *d.* §. *testes*, *Inst. eod. L. qui testamento*, §. *mulier*, *D. qui test. fac. poss.* nimirum ut pro inexperientia sexus non satis intelligens eas fraudes, quæ in testamentis subornandis a peritis architectis earum rerum strui solent: alioqui cæteris in caussis testis idonea. *d. L. qui testamento*, §. *mulier*.

XV. Damnatione fit, ut ad testamentum adhiberi non possint publico iudicio damnati. De eo quidem, qui repetundarum damnatus est, diserte hoc scriptum est in *L. repetundarum*, *D. de testib.* Eamdem vim habet, quod scribitur in *L. eadem*, §. 1. *D. ad Leg. Iul. rep.* hac lege damnatum testimonium publice dicere prohiberi. Nam & is publice testimonium de testamento dicere debet, qui ad testamentum adhibetur, dum signum suum, & subscriptionem recognoscit. Ex quibus intelligitur, vitiosam esse lectionem Florentinam in *L. qui testamento*, §. *eum qui*, *D. qui test. fac. poss.* ubi ita scriptum est: *Eum, qui lege* [11] *repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse*, *existimo*. Legendum, *non existimo* (ut cum Azone inter omnes convenit) non tantum quia superiores loci suadent: sed etiam quia ratio eodem loco reddita aperte hanc orationem flagitat. Sequitur enim: *Quoniam in iudicio testis esse vetatur*. Qua ratione efficitur, non aliquem in testamento testem esse posse: sed testem esse prohiberi, quia scilicet & in iudicio vetetur esse testis. Sed pertinet probibitio etiam ad cæteros, qui aliis

9) *L.* 1. *C. h. t.* Fa quo tamen male inferunt, errorem ius facere. Vid. *Not. Lib.* 1. *C.* 5. *n.* 1. Quomodo autem poterit servus signum suum recognoscere? Vid. Vigl. *in* §. 7. *I. h.* Connan. 9. *Com.* 3. *n.* 3. Duar. *h. t. C.* 5. *p.* 328.

10) Ita & Duaren. *h.* 1. C. 6. caussam esse amotionem periculi, ne quid falsi admittatur. Baro *in* §. 6. *I. h.* quia de re ardua quæstio est, deligi debere testes graviores. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 13. *n.* 5. eo ipso, quod in omni legitimo actu requiruntur testes puberes; arceri fœminas, quæ puberes dici non possunt. Quod falsum est. Vid. *Not. supra L.* 3. *C.* 24. *n.* 2. Decian. 7. *Tr. Crim.* 17. *n.* 43. quia interest disposita non revelari, fœminæ, autem non possunt secreta reticere, & Vasq. *Lib.* 2. *de Success. creat.* §. 14. *Requis.* 2. *n.* 34. Charond. 2. *Verisim.* 10. antiquum morem hic respectum, quo nec solitum, nec honestum, vel in procinctu, vel calatis comitiis mulieres versari. Et Vult. *in d.* §. *possunt*, *& seqq. I. h. t.* n. 19. quia eis, nec comitiorum communio, Ageil. 5. *Noct.* 19. nec militiæ capacitas, post P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I. circ. fin.* Genuinam rationem ex dictis *supra Not.* 6. depromi posse puto: Quia fœminæ in classibus censitæ non fuerunt, nec classem poterunt repræsentare; quia non interesse comitiis centuriatis, ideo nec referre, ne sit in fictione, quod non est, nec esse potest in veritate. Exceptiones autem viginti, quibus mulieris testimonium in testamentis recipiatur, refert Vasq. *d. Lib.* 2. *de Success. creat.* §. 12. *Requis.* 2. *n.* 12. *& seqq.* Vid. & Tiraq. *Leg. Connub.* 9. *n.* 56. *& seqq.*

11) Duar. *h. t. C.* 5. *p.* 325. Cuiac. *in d. L.* 20. §. 5. Hotom. 1. *Obs.* 21. quia argumentum fit ea comparatione parium, vel maiorum tale. Si in iudicus mulier testis esse nequit, ubi iureiurando adstringuntur testes, ab adversariis interrogantur, refelluntur, nec tantum periculi adferre possunt: minus poterit in testamento. Et Vult. *in d.* §. *possunt*, *n.* 35. Dauth. *ad. L.* 20. *h. t. n.* 8. Durum hoc, & immite cauterium, nec, nisi desperatis locis admovendum. Cuiusmodi sane hic facile videri possit. Tentabimus tamen, num leniori mederi possimus collyrio. Huiusmodi nunc commode suggerit Vir. Clar. Io. Svevius Doctor in hac academia Ienensi publicus, ex genere pœnæ hoc crimine damnato inflictæ, hæc dirimens. Quia enim extraordinaria hodie eius delicti pœna; *L.* 7. §. *ult. de Leg. Iul. repetund.* ideoque arbitraria pro gravitate admissi: *L.* 13. *de pœn.* si exilio, vel durius puniatur reus, neque in testamentis testis esse potest: *d. L.* 15. *de testib.* Sin vero relegatione, aliave leviori, ea qua civitas non amittitur, tum quidem in iudiciis testis esse nequit, in testamentis potest, Et sic accipitur *d. L.* 20. §. 5. ut ibi sit argumentum ab unius inclusione &c. huiusmodi: Quia prohibitiones stricte accipiendæ, idcirco, si cui testimonii dictio in iudiciis adempta, non id extendendum ad testamenta. Et ratio diversitatis, Quia hic reus in iudicia commisit, eorumque auctoritatem, largitionibus se corrumpi patiendo, imminuit: in testamenta autem nihil commisit, neque ea ulla ea parte læsit. Quo facit, quod in *L.* 6. §. 1. *de Leg. Iul. repet.* dicitur: *Hac lege damnatus testimonium publice dicere prohibetur*. Non igitur in actibus privatis. Non video quid huic eruditissimi viri explicationi obstet, nisi quod videri possit, sic *in d. L.* 15. nullam esse specialem dubitandi rationem; sed deportatum satis arceri ea generali ratione, quia civis non est. At hanc ipsam dari posse opinor, quia non protinus cui sententia pœna deportationis indicta, numero civium eximitur. Seu non sententia, ac condemnatio, ceu putat Vult. 1. *Disc.* 12. *p.* 106. verum illius exsequutio caput civile adimit, §. 2. *I. de cap. demin. L.* 5. §. *ult. de extraord. cogn.* Sicuti & olim quibus aqua, & ignis interdicebatur, non prius civitatem Romanam amittebant, quam essent in eam civitatem, quo solum vertentes, venerant recepti. Quia enim iure Quiritium libertas invito eripi non poterat; Cic. *pro Cæcinna*, *& pro domo*. Inventa ea ratio, ut usu aquæ, & ignis interdicto, iis subsidiis, quæ ad vitam sustentandam necessaria, destituti abire cogerentur. Vid. Manut. *de LL. Rom.* *p.* 158. Briss. 3 *Antiq.* 5. Vult. *d. C.* 12. Dauth. *de Testam.* *n.* 212.

aliis publicis iudiciis damnati sunt. Hoc enim & de eo, qui adulterii damnatus est, respondit Papinianus in *L. scio, D. de testib.* non quia lege Iulia prohibitus esset ad testamentum adhiberi (fatetur enim, nihil de eo lege cautum esse; & tantum ait, de eo inter veteres tractatum): sed tantum ideo, quia iudicium tale esset. Quod & ipse generaliter probavit in *L. quæsitum* (præcedente) *D. de testib.* In eadem caussa sunt ii, qui quovis iudicio damnati ita sunt, ut iubeantur lege esse intestabiles. *d. §. testes, de test. ord.* Et hi quidem citra controversiam. Intestabilis enim est is quidem, cui non potest dici testimonium (unde evenire diximus, ut, qui in ea caussa est, non possit testamentum facere): sed maxime is ita dicitur, qui ipse aliis testimonium dicere non potest; cuius testimonium non recipitur, ut est in *L. cum lege, D. qui test. fac. poss.* Supra diximus huic pœnæ subiici eos, qui ob carmen famosum damnati sunt: neque plures legimus. *L. is, cui, §. ult. qui test. fac. poss. L. ob carmen, D. de testib.*

XVI. Privatæ caussæ, propter quas prohibeatur quis testis esse in eo testamento, de quo agitur, ob quas in alio non prohiberetur, duæ sunt: potestas inter testatorem, & testem constituta; & negotium testamenti, quod cum teste geritur.

XVII. Potestas hoc efficit, ut neque ad [12] patris testamentum adhiberi possit filius, qui in potestate eius est; neque ad filii testamentum pater, qui filium habet in potestate, si forte filius de castrensi, aut quasi castrensi peculio testetur. *§. in testibus, Inst. de testam.* Tolle potestatem. Nempe hoc ipso sub contraria conditione satis significatur, & filium ad testamentum patris; & patrem ad testamentum filii recte testem adhiberi, Arg. In *L. 1. vers. huius. de off. eius: L. si procuratorem, §. si ignorantes*, iuncto *§. igitur. seq. D. mand.* Quid ergo ad horum testimonium removendum potestas facit, si sanguis, & coniunctio naturæ non removet? Potestas nimirum in caussa est, ut pater, & filius, qui in patris potestate est, eadem persona esse existimentur. *L. ult. C. de impub. & al. subst.* Quæ res facit, ut, si, patre testante, adhibetur filius testis, videatur adhiberi ipse pater: si testante filio adhibetur pater, videatur filius adhiberi, id est utrobique testator ipse. Scimus autem, alium oportere esse testatorem; & alium, qui testanti adsit ad testimonium præbendum. Hæc eadem ratio facit, ut dici debeat, quod in *d. §. in testibus*, scriptum est, si filiusfamilias faciat testamentum, quemadmodum pater eius non recte adhibetur testis: sic nec eum, qui in potestate eiusdem patris est, tametsi hic sit testantis frater, nec sit in eius potestate. Quippe patrem adhiberi testem non posse, constat. Si filius alius etiam cum patre eadem persona est, ut positum est: efficitur hoc ipso, neque hunc testem esse posse, quoniam alioqui videbitur pater adhiberi, quod non est permissum.

XVIII. Non pertinet [13] hæc ratio ad emancipatos, de quibus nunquam dictum est, eos videri, quod stipulentur, aut faciant, voce patris quasi sub persona patris loqui, & facere videri: quod tamen de filiisfamilias traditur in *§. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip.* Denique filii sui iuris facti, singuli nova capita, & singulas familias habere incipiunt, *L. pronuntiatio, §. 1.* illic, & *cum paterfam. D. de verb. signific.* ut appareat, eos, qui in potestate patris non sunt, eamdem personam cum patre non haberi.

XIX. Sed esto, dixerit aliquis, non prohibeatur filius emancipatus propter potestatem, quo minus sit testis in testamento patris; nec pater, quo minus in testamento filii. At certe prohiberi hi debent sola coniunctione sanguinis. Quin etiam aperte videntur prohiberi in *L. testis, 9. D. de testib.* ubi hæc definitio est: *Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est.* Quod de omni filio dictum est hoc ipso, quod filius est: de patre item hoc ipso, quod pater. Sed nihil hic neque coniunctio, neque superior sententia obstat patri, aut filio, quominus invicem unus ad testamentum alterius recte adhibeatur testis. Nam proprie, qui ad testamentum adhibetur, non tam testis est testatori, quam heredi ipsi, & his, ad quos commodum testamenti perventurum est. Et sane non ante de testamento testimonium dicet, quam testatore mortuo. Cui iam ex eo testimonio acquiri nihil potest. Valebat hæc ratio & in filiofamilias, itemque & patre, qui

12) Scilicet iure communi, per verba *d. §. 9.* adiecta post missionem. Aliud si testetur iure militari, de quo accipienda, & ita concilianda *L. 30. §. 2. h. t.* Donell. noster *ad L. parentes, 6. (ipsi 5.) C. de probat.* licet Hot. *in d. §. 9.* velit, Marcellum dissensisse.

13) Vigl. *in §. pater, 8. I. h. t. n. 4.* Brouch. 3. *Ass.* 25. Theoph. *in d. §. 8.* domesticum testimonium accipi [illegible], non ex cognitione; sed ex unitione per patriam potestatem contingente. Diss. Charond. 2. *Verisim.* 10. ne fratrem quidem testatoris admittens, & Duar. 1. *Disp.* 28.

filium in potestate habet, quo ne alter in alterius testamento vetaretur esse testis. Sed hos, ut dixi, alia ratio removet, potestatis, & familiæ vinculum, scilicet, quod ex duabus personis unum facit. Atque hæc illa ratio est, quæ redditur in *d. §. in testibus, Inst. de testam.* cum dicitur, ideo hæc testimonia in testamento removeri, quia reprobatum sit in ea re *domesticum testimonium*. Hic enim *domesticum* accipere non debemus testimonium domestici. Nam profecto pater filio domesticus non est; non est ex domo & familia filii, quem tamen a testamento filii superiore ratione reiici, constat. Sed intelligendum est domesticum testimonium, quod est eorum, qui sunt ex eadem domo, & familia, seu quorum una domus, & familia est, idest qui ita sunt constituti inter se: ut unus sit is, qui paterfamilias dicitur, idemque caput familiæ, cæteri in eius potestate; omnium coniunctio ea, ut unam domum, & familiam efficiant, ut *familiæ*, & *domus* verbum explicatur in *L. pronuntiatio, §. familiæ appellatio, D. de verb. sign.*

XX. Negotium testamenti inter testatorem, & heredem agi dicitur in *§. sed neque heres, Inst. de test. ord.* eaque de caussa ibidem traditur, nec heredem, nec propter heredem alias quasdam personas in testamento testes adhiberi posse. Negotium testamenti dicitur id, cuius caussa præcipue instituitur testamentum, & quo testamentum stat. Id negotium est heredis, idest universi iuris successoris, institutio. Herede instituto, testamentum perfectum est, etiam si cæterarum rerum nihil testator addiderit. *L. 1. §. qui neque, D. de her. inst.* Contra sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. in fi. D. de vulg. & pupillar.* Apparet vero, hoc negotium geri inter testatorem, & heredem, Heres enim is est, in quem institutio confertur. Quam ob caussam & removetur, ne adhibeatur in testamento testis. Removendi ratio non obscura. Cum enim in testamento negotium eius non oblique, sed recta, & principaliter agatur: perspicuum est, in testamento præcipue de re eius agi, Nullus in re sua idoneus testis intelligitur. *L. nullus, D. de testib.*

XXI. Herede summoto, consequens fuit, ut tres item aliæ personæ una removerentur, uti & sunt remotæ, de quibus adiicitur in eodem *§. sed neque heres*, filius, qui in potestate heredis est, quoniam, ut supra diximus, intelligitur hic eadem persona esse cum patre, eodemque herede propter potestatem. *d. L. ult. C. de imp. & aliis subst.* Arg. in *§. ei, vero*, & *§. post mortem, Inst. de inut. stip.* Item & heredis pater, qui eum in potestate habet, quia hic effectu heres est. Huic enim, adeunte filio, hereditatis commodum quæritur. *L. placet, D. de acq. her. L. cum filiusfamilias, 11. D. de legat.* Postremo & heredis fratres, qui sunt in eiusdem patris potestate. Nam & hi, ut iam dixi, eadem persona esse intelliguntur cum patre. Effectum est autem, ipsum patrem heredis eo testamento testem esse non posse.

XXII. Non geritur negotium testamenti cum legatariis, aut fideicommissariis, quia, ut est in *§. legatariis, Inst. de test. ord.* non iuris, idest non universi iuris, successores sunt. Proinde & his testamentum carere potest. Qua ratione *ibidem* adiicitur, his in testamento testimonium non denegari, ut & constitutum est *L. dictantibus, C. de testam.* Multoque minus cæteris personis superioribus, quæ his sunt coniunctæ.

XXIII. Sed videamus, ne non sit satis ad legatarios, & fideicommissarios admittendos, quod iuris universi successores non sunt, quodque cum his negotium testamenti non geritur. Quid enim, si nihilominus de re eorum agitur in testamento? Generaliter traditum est, neminem idoneum testem esse in re sua, seu in re propria; *d. L. nullus, D. de testib. L. omnibus, C. de testib.* & propriam rem, seu caussam cuiusque definimus eam, cuius emolumentum, vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria, D. quand. app. sit.* Atqui emolumentum legati ad legatarium pertinet suo nomine; idque emolumentum percipitur ex testamento, ut palam sit, ut testamentum valeat, etiam in eo legatarii rem agi. Quidni igitur ex superiore regula testimonium ei denegetur, ut maxime iuris successor non sit? Et rem legatariorum in testamento aliquo modo agi, non satis tuto negare possumus. Sed præter superiorem regulam, simul præter exemplum heredis exceptos, & testimonium eorum admissum in testamento, recte defendemus. Admittendi ratio duplex. Primum legati simul, & testimonii commodum non statim ad legatarium pertinet, quamvis pro testamento testimonium dixerit. Restat enim adhuc ad vim testamenti, eoque & legati, ut heres hereditatem adeat. Qua non adita, nihil in testamento scriptum valet. *L. eam, quam, C. de fideicommiss.* Potest autem heres hereditatem non adire. Quod si fit: perspicuum est, nullum com-

commodum, aut incommodum ex testimonio redire ad legatarium. Quod si heres adeat: consequetur quidem legatarius commodum legati. Sed hoc per consequentiam contingit hereditatis aditæ, non principaliter, & testimonio ipso. Quæ principaliter fiunt, spectare solemus, non quæ per consequentiam. *L. 1. D. de auct. tut.* Idque est, quo recte hic distinguitur heredis testimonium a testimonio legatarii, quia scilicet illius res agitur principaliter; huius non item, qui iuris successor non est. Huc accedit numerus [14] reliquorum testium sex, qui vel per se satis esse poterat ad iustam instrumenti, & testationis fidem; coniunctus cum legatario facile & huius testimonium ab omni falsi suspicione tuetur.

XXIV. Illud de conditione testium in universum monendi sumus, si forte varia conditione testes usi sint & quo tempore testamentum fit, & quo testator moritur, aut intermediis temporibus; conditionem eorum inspici debere, cum signarent, ut, si tunc tales fuerint, qui adhiberi non possent, testamentum non valeat: sin contra, nihil noceat testamento, si quid testibus postea contigerit. *L. ad testium, §. 1. qui test. fac. poss.*

14) Ita & noster *ad. L. omnibus*, 10. (ipsi 9.) *C. de testib.* sub *fin.* Hot. *in* §. 11. *I. h. t.* Sed quid, si omnibus testibus legatum relictum? Rationi huic tunc locus non erit, Cuiac. *ad L.* 20. *pr. h. t.* quia forte officii remunerandi caussa legata relinquuntur. Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* Vigl. *in* §. 11. *I. h. t. n.* 8. apertiorem rationem esse, in *L. 14. de reb. dub.* Legari solet aliquid testibus ob meritum, & remunerationem testimonii, ut promiores sint ad confirmandum testamentum. Quod igitur factum ad confirmationem testamenti, non debet id evertere, aut infirmare. Vult. *in* §. *possunt, & seqq. h. tit. n.* 45. legatarium sæpe ignorare, an quid sibi relictum sit, si testamentum in scriptis, de quo solo hoc accipit Duar. *h. t. c.* 6. *f.* 326. Quia, inquit, in scripto cessat corruptionis suspicio, & *d.* §. 11. *I. h. t.* loquitur de testamento scripto, ut liquet ex præced. & ex §. *ult.* Et in *L. 14. de reb. dub.* est vocula, *signaverint, &c.* ac sequitur Dauth. *ad L. 24. h. t. n.* 4. A. Fab. 66. *Err. Pragm.* 1. & 2. Sed. Vigl. *in d.* §. 11. *n.* 9. & Charond. 2. *Verisim.* 10. id etiam in nuncupativo testamento obtinere, contendunt, quia textus non distinguit, & ratio generalis. Plura vid. apud Loriot. *Tit. de Testam. success. Axiom.* 15. Fornet. 2. *Select.* 12. Connan. 9. *Comm.* 3. Goth. *ad L.* 22. *C. h. t.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 33. *n.* 22. Arumæ. *Exerc. Iustin.* 7. *Th.* 16. Ant. Fab. 66. *Err. Pragm. & seqq.*

CAP. VIII.

In testamento scripto qualem testatoris testationem esse oporteat coram testibus; & quod factum testium in mutua testatione.

Testes ea, quæ testamento continentur, scire necesse non est. Contestatio testamenti quibus partibus constet; quomodo peragenda. I. seqq.

Emendatur L. ad testium 22. §. signum autem D. qui test. fac. poss. IV.

Possunt omnes testes uno, eodemque anulo, etiam a testatore accepto signare testamentum. V.

Testes adhibitos testamento simul adesse oportet, & permanere donec suprema contestatio peragatur. Quid si casus aliquis impediat. VI.

Testamentum uno contextu fieri oportet. Huius regulæ explicatio, & exceptio. VII.

I. Testibus quæsitis, & adhibitis, quos & quot oportet, sequitur pars secunda eius actionis, quam testamenti factio desiderat, posita in testatione, & declaratione voluntatis testatoris. In hac testatione hoc primum tenendum est, non esse necesse, testes ea scire, quæ in testamento scripta sunt, ut coram ipsis testator ea pronuntiare debeat: sed sufficere scripturam testamenti, etiam clausam, & involutam, atque adeo consignatam, & ligatam proferre. *d. L. hac consultissima. in pr. C. de testa.* Quod reliquum est, ad huius scripturæ testationem tria hæc præstare debet. Primum scripturam tenens, aut certo demonstrans testibus præsentibus dicet, suum hoc testamentum esse. Secundo loco petet a testibus, ut subscribant, & obsignent. Tertio scripturam in manum sumens ei in extrema parte subscribet; aut, si literas nesciat, vel morbo impeditus subscribere nequeat, adhibebitur octavus aliquis, qui eius nomine subscribat. Hæc in *d. L. hac consultissima. in pr.* & vers. *quod si.* Subscriptio testatoris hoc testabitur, ipsius esse testamentum. Arg. in *L. pen. D. qui test. fac. poss.* nempe his verbis, aut similibus: *Ego Publius Mævius testor, hoc meum esse testamentum.*

II. Hac testatione testatoris interposita, restat pars tertia huius actionis posita in facto testium, id est in eorum testatione mutua. Unde & tota hæc actio

dicta est *conteſtatio ſuprema* in *L. qui teſtamento*, *§. ult. D. qui teſtam. fac. poſſ.* quoniam ſimul hic teſtantur teſtes, & teſtator, hic voluntatem ſuam teſtato declarando; illi teſtimonium præbendo. Ea teſtium teſtatio quatuor hæc continet; ut ſubſcribant teſtes teſtamento; ut obſignent; ut hæc faciant ſimul, & præſentibus reliquis teſtibus; poſtremo ut eodem tempore. Hæc in *d. L. hac conſultiſſima*, *§. in omnibus*.

III. Primum ſubſcribere eos oportet. Subſcriptio [1] eſt annotatio eorum, continens, quis cuius teſtamentum ſignaverit, *d. L. pen. qui teſtam. fac. poſſ.* hoc modo: *Ego Lucius Titius hoc teſtamentum Publii Mævii ſubſignavi*.

IV. Deinde ſubſignabunt, ſeu ſignum teſtamento imponent. Quo loco quæſitum eſt, utrum anulo ſignatorio ſolum ſignare debeant: an vero poſſint alio quovis impreſſo, quo ſignare ſoleant. Et, ut vulgaris lectio eſt, ita ſcriptum eſt in *L. ad teſtium*, *§. pen. D.* qui teſtament. fac. poſſ. *Magis eſt, ut tantum anulo quis poſſit ſignare, dum tamen habeat χαρακτῆρα*. Baro [2] *ad §. poſſunt*, *Inſt. de teſtam. ord.* putat, deeſſe negationem, & ita legendum eſſe: *Et magis eſt, ut non tantum anulo quis poſſit ſignare*. Idem & Bartolus ſenſit. Is enim *ad d. §. pen.* ſummam loci ita concepit; *Signari poteſt anulo, vel ſigillo, vel alio quovis ſigno*, ut appareat, cum aut eodem modo legiſſe, quo ſupra; aut ita legendum cenſuiſſe. Quibus aſſentior. Nam & ſententia recte ex iure certo defenditur, & ſola ſuperiori loco apte convenit. Ius de ſignis teſtium in teſtamento adhibendis ita propoſitum eſt & in edicto prætoris, & conſtitutionibus: ut hæc nihil amplius exigant, quam ut teſtamentum ſignatum ſit a teſtibus. Nec quidquam adiicitur de materia, aut forma ſigilli, quo ſignetur. *§. ſed cum paulatim*, *Inſt. de teſtam, ord. d. L. hac conſultiſſima*, *C. eod.* Proinde verbis legis, quo ſigillo quis ſignet, nihil intereſt. Arg. in *L. item veniunt*, *§. petitam*, verſ. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publician. in rem act.* Temperamentum autem, quod ſequitur in *d. L. ad teſtium*, *§. pen.* hanc ſententiam, & lectionem ſuperiorem exigit. Eſt enim hoc temperamentum, *dum tamen habeant χαρακτῆρα*. Quæ verba, cum exceptionem habeant, non poſſunt omnino aptari, niſi orationi generali præcedenti, a qua ſit hæc exceptio, atque hoc temperamentum. Oportet igitur, hanc orationem præcedere, licere quovis impreſſo ſignare, ac non anulo tantum: ſic tamen alio quovis impreſſo, dum habeat characterem. Alioqui in oratione excluſiva, qua diceretur, licere tantum anulo ſignare, ita ſcribendum fuerat: *Sed magis eſt, ut tantum anulo quis poſſit ſignare, & quidem eo, qui habeat characterem*, ut ſcilicet duo hic exigerentur coniunctim, anulus, & is ſignatorius. Confirmaturque id etiam verbis præcedentibus, quia ſcilicet varie homines ſignant: quæ ratio præceſſerat. Et hoc uſus fere omnium gentium communis comprobavit. Sed ideo anuli fere ſemper mentio fit in hac obſignatione, ut in *d. L. ad teſtium*, *§. ſi ab ipſo*, *§. poſſunt*, *Inſt. de teſt. ord.* quod Romani ad ſignandum frequentius ſignatoriis anulis utebantur.

V. Hic quoque de ſignis teſtium notandum, poſſe omnes teſtes & uno anulo ſignare teſtamentum. *d. §. poſſunt. de teſt. ord.* Quin etiam & anulo, quem a teſtatore acceperint, non minus, quam alieno. *d. L. ad teſtium*, *§. ſi ab ipſo*. Nec obſtat, quod omnium ſignorum una ſculptura eſt, cum ſit idem anulus. Nam & hoc idem accidere poteſt in ſignis, quamvis ſinguli teſtes ſuo anulo ſignaverint. Poſſunt enim omnes anuli ſeptem eſſe una ſculptura: neque tamen ob id ſigna improbantur. Quæ ratio Papiniani fuit ad id defendendum, quæ refertur in *d. §. poſſunt. de teſt. ord.* Sed neque hic quiſquam ea re falſi periculum metuat potius, quam aliter ſignando, quaſi poſſit quis ſeptem ſigna imprimere, ut tamen non ſit, niſi unus teſtis. Idem enim periculum est etiam in ſeptem ſignis, quamvis

1) Seu ſubſignatio. Signare enim antiquis eſt ſcribere. *L. ſubſignatum*, 39. *de V. S.*

2) Et Hot. 1. *Obſ.* 21. & *ad §. poſſunt*, 5. *I. h. t.* quia ſigno commode impreſſo, ridiculum ſit hoc inquirere, nec ſignari teſtamentum figura geometrica, orbiculari, aliave poteſt, ſed imagine, ac ſigno impreſſo. & Bronch. 2. *Miſc.* 96. Vult. *in §. poſſunt*, *& ſeqq. I. h. t. n.* 35. lectionem negativam non eſſe improbabilem ſcribit: mavult tamen cum Connan. 9. *Comm.* 2. *n.* 3. reſpondere Ulp. *in d. L.* 22. §. 4. loqui de eo, qui duobus ſignis utatur, & in his etiam annulo, per verba, *dum tamen habeat &c.* Quod & confirmant Bocer. *Lib.* 1. *de iure belli C.* 25. Arumæ. *Exerc. Iuſtin.* 7. *Theſ.* 27. Ant. Matth. *in Not. §. poſſunt*, 5. *I. h. t.* Hænon. *Ill. Contr. Diſp.* 7. *Q.* 7. Sed annulum præciſe requirunt, Cuiac. 14. *Obſ.* 11. quia alia ſcrupuloſiora requiruntur, ut in conſpectu teſtatoris teſtes eodem tempore, ut ter lino per foramina traiecto obſignetur ex SCto. Neroniano. Paul. 5. *Sent.* 25. §. 8. Sueton. *in Nerone C.* 17. Facit. *L.* 1. *§. pen. & ult. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabb.* Ut annulo, non quovis, ſed ſigillarico (ſed certe non intelligo qui alio quam ſigillarico poſſit ſignari.) Nec igitur alio impreſſo, proprie non parato ſignandi cauſſa. Ita Cuiac. Duar. *h. t. C.* 5. *ſ.* 324. quia character annuli, qui in digitis geſtari ſolet, notior eſt amicis. Ergo ut facilius ſignum recognoſci poſſit, & expeditior ſit probatio. Vid. & Vigl. *in §. poſſunt*, 5. *I. h. t. n.* 2. *&* 3. Dauth. *ad L.* 22. *h. t. n.* 92. Robert. 1. *Recept. Lect.* 21. Charond. 2. *Veriſim.* 20.

vis diversis, & diversos characteres habentibus, quoniam & unus tot diversis uti potest. Sed neutra ex re falsi periculum metuendum. Præcedunt enim singulorum testium subscriptiones, quæ testes primum satis distinguunt: deinde & testium signa, utpote subscriptionibus subiecta, atque his subservientia.

VI. Simul testes omnes hæc peragere debent, ut est in *d. L. hac consultissima, §. in omnibus*. Hoc autem est, quod dicitur in *L. qui testamento, §. & veteres*, 8. *D. qui test. fac. poss.* testes, qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Hoc tamen Ita, nisi casus aliquis testem invaserit, quo fiat, ut testem subduci oporteat, vel propter curationem morbi, vel propter contagionem, quam cæteri metuant. Tum enim concessum est, eum, qui id patitur, subduci, cæteris manentibus, dum tamen is prius officio testis functus sit, idest, audita testatoris testatione, testamentum obsignarit, & subscripserit. Hæc sententia *L. casus, C. de testament.*

VII. Postremo [3] fieri hæc debent uno eodemque tempore. *d. §. in omnibus*. Hoc rursum illud est, quod veteres dixerunt, uno contextu actionis testari oportere, ut sit, testes cum testatore uno [4] contextu actionis testamentum peragere debere. *§. sed cum paulatim, Inst. de test. ord. L. heredes, §. ult. D. qui test. fac. poss.* ubi *una contextu* esse dicitur nullum alienum actum testamento intermiscere; & alienum esse id, quod ad testamentum non pertineat: quod si testator aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiari. Ad testamentum pertinere actus intelligitur, qui interponitur testamenti caussa, veluti si memoriæ caussa quærantur codicilli a testatore, in quibus scriptum sit quod faciat ad supremam voluntatem, de quo se ad testamentum perficiendum admoneri velit; si quærantur calami ad subscribendum, signa, aut cera ad obsignandum. Qui actus talis non est; placet, ut ad testamentum non pertinet, sic eum interrumpere testamentum: ut quamvis, quæ deerant, secuta sint ordine: nihilo tamen magis testamentum ratum sit, quia non perfectum eodem tempore, & uno contextu actus. Temperatum tamen hoc posterius constitutione Iustiniani in *L. cum antiquitas, C. de testam.* & cautum, ne extraneus actus interpositus noceat testamento, si eum necessitas valetudinis, vel naturæ expresserit; & sit is, quem constet, natura brevem esse solere, veluti si cibus, aut potus, vel medicamentum præbeatur ægroto; si necessitas naturæ, si etiam morbus comitialis incidat. Quod si incidat vel testator, vel testis in aliquem morbum, de quo sciri non possit, longus futurus sit, an brevis, is testamentum interrumpet, quamvis præter expectationem brevis fuerit: &, hoc finito, ad reliqua peragenda testator, & testes redierint.

CAP.

3) Debent testes esse congregati, nec, si quilibet separatim signaverit, valet testamentum. Vid. Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 30. Debent & testes esse in conspectu testatoris, *L.* 9. *C. h. t.* ut eum, & se mutuo conspicere possint, ne alius vocem eius simulet, & effingat. Cuius fraudis exempla refert Moller. *ad Const. Elect. Sax.* 3. *P.* 3. *n.* 12. Nocte quidem signari potest: *L.* 22. *§. pen. h.* sed accensis luminibus, Goth. *in Not. d. L.* 9. saltem tribus. Simon de Prætis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 2. *Dubitat.* 1. *Solut.* 3. *n.* 9. Arg. *L.* 1. *§.* 10. vers. *tria lumina, de inspic. ventre.*

4) Contractus igitur in testamento celebrari nequit per *L.* 20. *de V. S.* ut contra DD. Vigl. *in §.* 3. *I. h. t. n.* 5. Charond. 2. *Verisim.* 10. P. Greg. 42. *Synt.* 9. *n.* 3. Alex. Pecenard. *ad pr. I. h. t. pag.* 41. *& seq.* Arumæ. *Exerc. Iustin.* 7. *Th.* 18. Quid enim magis a testamento alienum? Hic mutuam duorum, illud unius sententiam requirit: hic statim ligat, illud resipiscendi locum relinquit. Excipit Duar. *h. t. C.* 4. nisi quoquo modo pertineat ad ultimam voluntatem, & cito expediatur, per *L.* 1. *§.* 3. *de adsign. lib. L.* 26. *de pign. act.* Diss. cum DD. & Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 101. Loriot. *de Iur. arte Tr.* 11. *de Testam. success. Axiom.* 25. quemcunque contractum intermisceri posse, sentiens, quia actus modicus non vitiat. *L.* 1. *§.* 1. *de V. O.* Contractus autem est actus modicus. *L.* 6. *§. ult. de duob. reis.* Vid. & Dauth. *ad L.* 21. *h. t. n.* 37.

C A P. IX.

Superiorem obſervationem in teſtamentis ſcriptis iure communi receptam: in quibuſdam iure ſingulari partim auctam eſſe, partim relaxatam. Auctam in teſtamento cæci. Relaxatam in his generibus quatuor, ruſticanorum, parentum teſtantium inter liberos: poſteriore teſtamento interdum, teſtamento ad pias cauſſas comparato atque hæc in ſingulis quatenus.

Solemnia iure ſingulari in quibuſdam teſtamentis aucta, in aliis remiſſa. I.
Aucta in teſtamento cæci. Quæ forma in hoc teſtamento obſervanda. II.
Quibus in teſtamentis remittantur. III.
De forma teſtamentorum, quæ fiunt a ruſticis. IV.
Item teſtamentorum, quæ fiunt a parentibus inter liberos. V. VII. VIII.
An valeant extraneis relicta teſtamento inter liberos non ſolemni. VI.
Quando, & quam vim habeat poſterius teſtamentum non ſolemne. IX.
De teſtamento ad pias cauſas. X.

I. ATque hæc communis, & ſolemnis obſervatio eſt in teſtamentis ſcriptis, iiſque privatis iure recepta, obſervatio eiuſmodi: ut, cum eæ res intervenerint, quas hic exigi diximus, nihil neceſſe ſit alia adiici; &, ſi adiecta ſint, nihil noceat in his aliquid ex ſolemnibus aliis defuiſſe: arg. in *L. heredes, in pr.* illic, *& ſi plures, D. qui teſt. fac. poſſ.* contra, ſi quid ex his [1] vel minimum defit, teſtamentum pro infecto habeatur, etiamſi adſint cætera omnia, veluti ſi vel unus teſtis idoneus deſit; ſi quis ex teſtibus ſignaverit, non adſcripſerit nomen ſuum; aut ſubſcripſerit, non ſignaverit. *d. L. hac conſultiſſima, §. in omnibus, in fin. C. de teſtam. L. ad teſtium, §. ſi quis, D. qui teſtam. fac. poſſ.* Sed hæc, inquam, ſolemnis & vulgaris obſervatio eſt: verum a qua nonnullis in cauſſis receſſum ſit iure ſingulari, quo iure ſolemnia ſuperiora quibuſdam in teſtamentis aucta ſunt; in quibuſdam relaxata.

II. Aucta [2] in teſtamento cæci, *L. hac conſultiſſima, C. qui teſtamen. fac poſſ.* ubi præter ſcripturam eo modo ſubſcriptione notatam, & obſignatam a teſtibus neceſſariis, quo diximus, exigitur, ut voluntas teſtatoris, quæ ſcripto continetur, teſtibus omnibus uno, & eodem tempore innoteſcat, ſive hanc nuncupare velit cæcus, quam deinde unus ex teſtibus exceptam ex ſcripto recitet omnibus audientibus, & cæcus probet; ſive, ea prius ſcripto

1) Ao autem in foro animæ, ſive conſcientiæ iudicio, teſtamentum ratione ſolemnium imperfectum, ſervandum, an obligationem naturalem parit? Quæſtio anceps eſt, de qua Vaſqu. *Lib. 1. de Succeſſ. creat. §. 1. n. 23. & ſeq.* Menoch. *Lib. 1. de Præſumpt. Q.* 80. *n.* 13. *& ſeqq.* Io. Danth. *de Teſtam. n.* 443. *& duo ſeqq.* Fachin. 4. *Contr.* 5. Negantis argumenta firmiora mihi hæc videntur. (1) Omnis actus perfectio conſiſtit in duobus, voluntate, & poteſtate. Neutrum ſine altero obligationem ullam producere potens eſt. *L.* 6. *C. ſi quis alt. vel ſibi* & ſimil. Quemadmodum itaque incapacia, prodigi, inteſtabilis ob carmen famoſum ex. gr. voluntas non obligat etiam naturaliter ob defectum poteſtatis; ita nec capacis alias ob eamdem. Æque enim ut ille plane, ita hic ſine ſolemnibus teſtari vetatur. (2) A defectu ſolemnium arguitur ad defectum voluntatis. Teſtator quia ſcivit (ſemper iura præſumunt, quem de eo, quod lex iubet, cogitaſſe. Arg. *L.* 38. *de acq. hered.* Gædd. *in L.* 120. *de V. S. n.* 3.) aut debuit ſcire, quid leges requirant, ea cum minime abſolverit, pœnitentia ductus, nec in voluntate perduraſſe cenſetur. Arg. *L.* 11. *de iniuſt. rupt. L.* 18. *de legat.* 3. (3) Sententia iudicis, adiudicantis hoc caſu hereditatem legitimis, etiam in foro interiori valida; *Prov.* 8. *Rom.* 13. *C.* 2. *extr. de maior. & obed.* & naturaliter etiam ad parendum obligat. Ergo ne obligatio naturalis naturali adverſetur. (4) Princeps, qui iure civili ſolutus eſt, ex huiuſmodi teſtamento capere nequit. *L.* 3. *C. h. t.* Affirmantium argumentum potiſſimum eſt, quia ſolutum ex hac cauſſa non repetitur condictione indebiti. *L. ult. C. ad. Leg. Falc. L.* 2. *C. de fideic. L.* 16. *§.* 1. *C. h. t.* Fach. 4. *Contr.* 5. Sed reſpondeo ego, non ob obligationem naturalem ex defuncti voluntate profectam, ſed ob civilem, ex facto ipſius heredis, voluntatem illam, licet iuris effectu deſtitutam, ſuo iudicio adprobantis (quæ ratio in ipſis textibus) quæ non tantum exceptionem dat, ſed & actionem. *d. L.* 16. *§.* 1. Sic & filius exheredatus, poſtquam agnovit iudicium, querela uti nequit: *L. pen. & ult. C. de inoff.* nec ideo ſequitur, querelam inofficioſam iuri naturali repognare, aut teſtamentum, quo liberi exheredati, in conſcientiæ foro valere. Quod nemo dicet. Deinde, aut ſcit heres, legata huiuſmodi præſtans, teſtamentum minus eſſe ſolemne, & impeditur condictio non ob naturalem obligationem, ſed ob ſcientiam: *L.* 2. *L.* 50. *D L.* 9. *C. de cond. indeb.* (Donare enim videtur.) Aut neſcit; &, vel errat in iure, ac propterea non condicit, quia error is ei obeſt; aut in facto, & condicere poſſe, textus eſt *L.* 7. *C. de cond. ind.* Et ſic hoc argumentum valide retorquetur.

2) Hoc nec ſcriptum nec nuncupativum eſſe, ſed mixtum, quod, propter iuſtiorem falſitatis metum, ſolemnium utriuſque ſpeciei interventum exigat. Vigl. *in §.* 4. *I. quib. non eſt permiſſ. n.* 2. Vid. de teſtamento cæci Vaſq. 3. *Ill. Contr.* 101. Simon de Prætis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 4. *n.* 98. *& ſeq.* Dauth. *de teſtament. n.* 231. *& ſeqq.* Quid ſi cæcus inter liberos teſtetur, an eadem ſolemnia? Negant Vaſq. *d. loc. n.* 11. Clar. *§. teſtamentum. Q.* 17. *n.* 2. P. Greg. 42. *Synt.* 8. *n.* 21.

pro comprehenſa, ſcripturam uni ex teſtibus palam legendam tradat, quam deinde ſuum teſtamentum eſſe profiteatur. Hoc amplius præter ſeptem teſtes exigitur octavus, idem & teſtis, & teſtamenti exceptor, aut recitator is, quem ante indicavimus: & is non quivis, ſed tabularius, si eo loco ubi teſtamentum fit, sit tabulariorum copia.

III. Relaxata hæc eadem ſolemnia quatuor in generibus teſtamentorum, in teſtamento 3 ruſticanorum, in teſtamento parentum teſtantium inter liberos, in poſteriore teſtamento interdum, tum in teſtamento ad pias cauſſas comparato.

IV. De teſtamentis ruſticanorum conſtitutum eſt in *L. ult. C. de teſtam.* qua conſtitutione in ſumma Iuſtinianus remiſit ruſticis teſtium numerum, & ſubſcriptiones: ſed utrunque certa conditione. Numerum quidem ſolemnem, si in illis locis, ubi teſtamentum fit, non reperiantur ſeptem teſtes, dum tamen ne pauciores adhibeantur, quam quinque: ſubſcriptiones autem, si qui erunt non literati teſtes, nec alii in illis locis reperiantur. Quorum alterutrum ſi contingeret, etiam hanc conditionem accedere voluit, ut ruſticus voluntatem ſuam palam pronuntiaret coram teſtibus.

V. De teſtamento parentum, quod fiat inter liberos, ita cautum in *d. L. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtament.* etiam ex imperfecto teſtamento voluntatem parentum utriuſque ſexus inter liberos tenere. Quicunque ergo parentes erunt, ſive qui liberos habeant in poteſtate, ſive qui non habeant; quicunque liberi, quocunque ſexu, & quocunque gradu ſint, voluntas parentum rata erit inter liberos. At quæ voluntas? Ait lex; Etiam *ex imperfecto teſtamento*. Ergo quodcunque ſcriptum proferetur parentis, ſive id erit cœptum, necdum impletum teſtamentum; ſive codicillus, ſive epiſtola, ſive quæcunque aliæ quibuſcunque verbis relictæ ſcripturæ: valebit voluntas inter liberos, ut hoc explicatur in *L. ultim. C. fam. erc.* Ergo, etſi deerunt teſtium ſubſcriptiones, aut ſigna, atque adeo 4 etſi deerunt teſtes ipſi. Sed hic Iuſtinianus amplius aliquid exegit in *Nov. de teſtam. imperf.* 107. §. 1. Id autem eſt, ut, ſi pater ſcripto teſtari velit inter liberos, & noverit literas: ipſe ſua manu ſcribat & liberorum nomina, 5 & uncias, ex quibus eos heredes eſſe velit; itemque res ſingulas, quas velit inter eos diſtributas; & ſcribat hæc ipſa non notis, ſed claris, & plenis literis. Hinc *Auth. quod ſine, C. de teſtament.*

VI. Enimvero valet hæc voluntas imperfecta, quæcunque eſt, ſolum inter liberos, ut adiicitur in *d. §. imperfecto.* Idque *ibidem* ita explicatur, ut, ſi liberis alia ſit extranea perſona miſta: quod de ea cautum eſt, pro nullo habeatur; quodque huic non accedit, id liberis accreſcat. Quod Ius, aliis heredibus inſtitutis, etiam nunc manet. In legatis nonnihil eſt immutatum. Permiſit enim Iuſtinianus eo teſtamento legata aliis, & libertates relinquere, & valere iuſſit, ſi modo hæc propria manu teſtatoris eo teſtamento ſcripta ſint, & ſimul coram teſtibus a teſtatore nuncupata. *d. Novell. de teſtam. imperf.* §. 1.

VII. Sed quod dicimus, omnem hanc voluntatem imperfectam valere inter liberos, & admittere etiam legata collata in alios: ſic accipiendum erit, dum prius conſtet, eſſe ſupremam voluntatem parentis, quam ille ſervari voluerit inter liberos. Nam & militum voluntas, quocunque modo teſtati ſint, rata eſt. *L. 1. D. de teſt. mil.* Sed tamen & hoc ita acceptum: ut prius conſtare debeat, teſtamentum ab his factum eſſe. *§. plane, Inſt. de mil. teſt.* Probatio in ſcripturæ fide, aut teſtium. Si ergo pater voluntatem ſcripto complexus eſt, & convenit inter liberos, hanc eſſe patris manum: conſequens erit, nihil amplius quærendum eſſe. Fides hæc eſt ſcripturæ, de cuius auctore non dubitatur. *L. in exercendis, C. de fid. inſtr. L. cum precibus, C. de prob.* Sin ambigetur, an ſit hæc patris ſcriptura; aut ſine ſcriptura quæretur, an parens id voluerit, quod voluiſſe dicitur: volun-

3) Duar. *h. t. C.* 7. verſ. *quarta exceptio &c. f.* 331. non tantum reſpici ad ruſticitatem, ſed & difficultatem. Quare, ſi urbanus faciat in vico non valere, putat. Licet enim altera ratio adſit, altera tamen deeſt. Diſſ. Goth. *in Not. d. L. ult.* Cuiac. *in L.* 21. *pr. h. t.* vult, ea, quæ ruri fiunt, & quæ inter liberos, nos non quaſi teſtamenta, ſed quaſi inteſtatorum voluntates defendere. Quod non videtur. Iure Saxonico diſpoſitio ruſticani coram duobus teſtibus, & presbytero facta ſubſiſtit. Coler. *Deciſ.* 35. *n.* 4.

4) Clar. §. *teſtamentum*, Q. 14. Menoch. 4. *Praeſumpt.* Gail. 2. *Obſ.* 112. *n.* 8. Fachin. 4. *Contr.* 1. Hoc enim ex *Nov.* 107. *C.* 1. ex contrario refertur, ubi nihil extraneis relinquitur, teſtes non requiri. Et ita diſtinguunt quoque Thoming. *Deciſ.* 4. *n.* 7. Arumæ. *Exerc. Inſt.* 7. *Theſ.* 12. Diſſen. Cuiac. *Conſult.* 1. quia ſine teſtibus ne teſtamentum quidem dici poſſit; & in *L.* 21. §. 1. imperfectum dici non quod teſtibus caret, ſed quod ab iis non ſubſignatum, per verba extrema, §. *praeced.* cui ſatiſfacit Fach. 4. *Contr.* 1.

5) Unde apparet valere, etſi inæqualiter liberi inſtituti. Nam ſi æqualiter omnino, nulla utilitas. Vid. Fach. 4. *Contr.* 2. Vid. de his teſtamentis præter plurimos allegatos a Treutl. *Vol.* 2. *Diſp.* 10. *Th.* 6. *lit. H.* Coler. *Deciſ.* 36. P. Greg. 42. *Synt.* 5. *n.* 5. *& ſeqq.* Fach. 4. *Contr.* 1. 2. 3. 4. H. Piſtor. *Lib.* 1. Q. 1. *&* 2. Fopp. ab Æzema 2. *Diſſert.* 20. Walth. 2. *Miſc.* 37. Goth. *in Not. d. L.* 21. §. 1.

voluntas testibus probanda est, quæ maxime idonea, & communis probatio est. *d. L. in exercendis, C. de prob. L. 1. C. de testib.* In quo, cum de numero testium nihil præscribatur, utemur communi regula, ut duo testes etiam non rogati, dum idonei, sufficiant. *L. ubi, L. ad fidem, D. de testib.*

VIII. Recte autem dictum, hic voluntatem parentis tenere inter liberos ex imperfecto testamento, ut intelligamus, ita tenere, si nihil aliud obstet testamento, quam quod sit imperfectum. Diversum, si sit inofficiosum. Nam hoc præcipue servandum est parenti adversus liberos, ne testetur contra officium pietatis. *L. 1. 2. 3. L. nam etsi, D. de inoffic. test.* Sic ergo valebit imperfectum testamentum parentis inter liberos, dum singulos heredes instituat, aut recte exheredet; institutis non minus relinquat, quam legitimam portionem. *L. parentibus, C. de inoff. test.*

IX. Testamentum posterius valet & ipsum quoque interdum, licet imperfectum. De quo ita cautum est in *d. L. hac consultissima, §. si quis autem, C. de testam.* ut, si priore testamento heredes scripti sint, qui ab intestato ad successionem defuncti venire non poterant; posteriore autem instituti hi, qui ab intestato vocabantur: placeat, voluntatem valere, sed his cautionibus, primum ut in posteriore testatione quinque saltem testes intervenerint, qui deinde iurati de voluntate, & testatione defuncti deponant: deinde ut valeat posterior hæc bactenus, ut infirmetur quidem prius testamentum; cæterum ipsa per se non tanquam testamentum valeat, sed tanquam voluntas intestati, idest tanquam codicilli. *L. ultim, §. illud, C. de codicill.* Quod eo pertinet, ut intelligatur nihil ex eo testamento valere, aut capi posse, nisi quod codicillis relictum valeret. Idcirco legata, & fideicommissa eo testamento relicta peti posse, ut cætera, quæ codicillis recte relinquuntur: si qui autem alii heredes extranei instituti sint, pro institutis non habendos, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest. *§. codicillis, Inst. de codicill.*

X. De testamento ad pias caussas collato, bene, & humanitati, ac verbo Dei consentienter cautum est in *Capit. relatum, 1. extra de testament.* ut, quidquid suprema voluntate in pias caussas confertur, voluntas rata sit quovis genere testationis: proinde [6] & duobus tantum adhibitis idoneis testibus. Piæ caussæ sunt, si quid ecclesiæ, si pauperibus, si in redemptionem captivorum relinquitur. Has caussas præcipuo favore dignas esse, res loquitur.

CAP.

6) Vid. Alv. Valasc. *Tom. 1. Consult.* 67. *&* 74. Ratione autem voluntatis imperfectum nec ad pias caussas valere, recte, pluribus relatis, Dauth. *de Testam.* n. 17. Accenseri his solet in loco grassantis pestis conditum, quia tempus pestis comparatur tempori belli, quasi tunc censeatur bellum esse inter DEUM, & homines, Bart. *in L. 5. de usurp. & usuc. n.* 15. *referentibus* Vult. *pr. I. b. t. n.* 37. qui hoc *quasi militare* vocat, & Duar. *b. t. C.* 7. *f.* 331. quia necessitas non habet legem; Et quia certo iure deficimur, a simili iudicandum. Gail. 2. *Obs.* 118. *n.* 8. Cameræ sententia duos sufficere, si nimium grassatur, & Mynf. 1. *Obs.* 96. Bocer. *Lib. 1. de Iure belli* C. 28. *in fin.* D. Augustus Saxonicus Elector *Const.* 4. *P.* 3. duos vel tres requirit, si ipse testator lue correptus, eiusve domus infecta. Ubi vid. Moller. & Virgil. Pingitz. *Ill. Q. Sax.* 20. Diff. Cuiac. 26. *Obs.* 10. per *L.* 8. C. *b. t.* quam loqui, vult non de testibus, sed testatore ægro; & verbum *oppressos*, interpretatur, non *correptos morbo*, sed *terrore eius circumsessos*. Et hoc tantum remitti, ut extra conspectum testatoris signare possint. Fachin. 5. *Contr.* 91. putat, in *d. L.* 8. hoc relaxatum, ne testes conveniant, sed ut quisque separatim signare possit: de numero autem solemni nihil esse remissum; & ideo pro *conveniendi* legit *convenientis*, vel dicit, *convenire* poni pro *invenire*. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 2. remissum id, ne ad testatorem laborantem peste cogantur accedere; sed uno tamen in loco septem testes debere convenire, ubi signacula addant. Mihi videtur *d. L.* 8. nihil ad totam rem facere, nec loqui de testamento tempore pestis, sed de casu aliquo inopinato accedente, ut si, dum conditur testamentum, testator, vel testium aliquis morbo epidemico corripiatur, ubi hoc relaxatur, ut testatio, etsi non unico contexto facta, valeat. Quod probo. I. Ex verbis, *casus novi contingentis*. Pestis non est casus novus. II. Ex vocula, *oppressos*, idest, quos nec opinantes morbus repentinus, comitialis forte, invasit. Nam *contagio* non semper pestem significat, ut apparet ex *Lib.* Cic. *de fato, & Oration. pro C. Rabirio.*

CAP. X.

De teſtamento nuncupativo. Eius ordinandi forma.

Teſtamenti nuncupativi forma. I. III.
Hæc partim communis teſtamento ſcripto, partim propria. II.
Quod ſit nuncupare voluntatem. IV.
Quid palam nuncupare. V.
In teſtamento nuncupativo neceſſe eſt, ut teſtes intelligant ſermonem teſtatoris: ſecus in teſtamento ſcripto. VI. VII. VIII.
Ratio differentiæ. IX.
Comparatio inter nuncupativum & ſcriptum teſtamentum. X.

I. AC de teſtamenti [1] ſcripti, eiuſdemque privati ordinatione dictum eſt. Licet, ut diximus, & ſine ſcripto privatim facere teſtamentum per nuncupationem. In quo hæc obſervatio, & forma eſt: ut teſtator voluntatem ſuam de iis, quæ eo teſtamento post mortem ſuam fieri velit, nuncupet coram ſeptem testibus adhibitis, quales ſupra deſcripſimus; idque uno contextu actionis: nuncupet autem palam, & ita, ut testes exaudiant. Forma comprehenſa partim in *§. ult. Inſtit. de teſtam.* partim in *d. L. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem, C. eod:* & *L. heredes, D. qui teſtam. fac. poſſ.* Quæ forma ſic recte intelligetur, ſi, notatis huius actionis partibus, quid ſingulæ postulent, breviter dixerimus.

II. Obſervandum igitur, quædam hic communia eſſe cum testamento ſcripto; quædam diſcrepare. Communia hæc: testes rogati, numerus testium, eorum conditio, unus contextus testationis. Quæ qualia ſint, ex ſuperioribus ſumendum est. Diſcrepant duo: ſcriptura, [2] & nuncupatio. Scripturam nuncupativum testamentum non deſiderat, idest, ubi voluntas palam nuncupatur coram testibus, illic voluntatem ſcripto complecti non est neceſſe. *d. §. ult. Inſt. de teſt. ord. d. L. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem, C. eod.* Et hoc præterquam in testamento cæci, in quo utrunque exigi diximus, & ſcripturam, & inſuper nuncupationem voluntatis. *d. L. hac conſultiſſima, C. qui teſt. fac. poſſ.* Diſcrepat [3] & nuncupatio, quod hæc ſolius huius testamenti propria est; illam testamentum, quod ſcripto fit, non requirit. *d. L. hac conſultiſſima, in pr. C. de teſtam.* Solum, ut dixi, utrunque coniunctum habet testamentum cæci.

III. Deſiderat hæc nuncupatio tria: ut testator voluntatem ſupremam omnem, quam pro testamento valere velit, [4] nuncupet; ut palam; ut ita, ut testes audiant; ut iiſdem locis indicatur.

IV. *Nuncupare* est verbis, & lingua pronuntiare. Unde in *L. ſi is, qui teſtamentum, D.* qui teſtam. ſac. poſſ. *nuncupare heredes*, & *pronuntiare heredes* pro eodem uſurpantur. Et quod in Lege duodecim Tabularum lex iubet ea præstari, *quæ lingua eſſent nuncupata*, ut refert Cic. *Lib.* 3. *Offic.* id Ædiles in Edictum ſuum transferentes ſic expreſſerunt, ut iuberent, ea præstari, *quæ dictà, promiſſave eſſent*. L. 1. L. ſciendum, *in princip.* & §. 1. *D. de Ædil. edict.*

V. Palam hic voluntas nuncupanda est. *d. L. heredes*. qui testam. ſac. poſſ. *Palam* [5] hic valet clare, & intelligenter ſic, ut a testibus exaudiri poſſit; non etiam publice, & in propatulo, ut ead. *L. heredes* declaratur. Quomodo dictum in Ædilicio edicto: *Quid morbi, vitiive ſit, palam recte pronuntianto*. L. 1. D. *de Ædil. edict.* Quod ideo hic apertius monendum fuit, quia alioqui *palam* interdum etiam publice ſignificat, ut cum dicitur.

1) Cuius duo commoda adſignat Io. Fab. *in §. ult. I. h.* referente Vult. *ibid. n.* 3. (1) Ne qui ſperarunt, ſed nihil acceperunt, odium in teſtantem concipiant. (2) Ne accepturi mortem captent.

2) Poteſt tamen & hoc in ſcripturam redigi ad fidem rei geſtæ. Nec enim eo ſolo, quod ſcribitur, æſtimandum teſtamentum ſcriptum, ſed ex animo, & mente teſtatoris. Vult. *in d. §. ult. n.* 5. Vid. Muret. *ad L.* 2. *§. his legibus*, 5. *de O. I.* Vigl. *ad §. ſed cum*, 3. *I. h. t. n.* 3. *&* *ad §. ult. I. h. n.* 3. ubi teſtatur, nuncupativum pene ſolum hodie in uſu eſſe: quod tamen in ſcripturam redigi ſolet, quæ non ad ſubſtantiam, ſed probationem actus adhibetur.

3) Hot. 9. *Obſ.* 12. Nuncupandi quidem, ait, formula olim, & tabulis, ac teſtamento ſcripto per æs, & libram coniuncta. Ulp. *Tit.* 20. §. 9. Sed illa formula in deſuetudinem abeunte, nuncupati teſtamenti appellatio relicta eſt ei, quod ſine ſcriptura, ſolo ſermone conſtat.

4) Licet igitur olim inſtituendi heredis teſſera eſſet annuli traditio, ut, cui moriens annulum ſuum traderet, etſi non voce nuncupatus; tamen iudicio electus heres cenſeretur, ut ex Valer. Max. *Lib.* 7. *C.* 7. Iuſtin. *Lib.* 12. Q. Curtio *Lib.* 10. *&c.* probant Hot. *Diſp. Feud. C.* 22. Forner. *I. Select.* 3. & Fopp. ab Æzema 2. *Diſſert.* 26. Hodie tamen illa traditio heredem non facit. *L.* 77. *§.* 23. *de legat.* 2.

5) Cuiac. *ad L.* 21. pr. h. t. *Palam* in *d. L.* 21. *&* *L. ult. de iure codicill.* id eſt exaudientibus teſtibus, quo maxime diſtat a ſcripto, quod ſecretum, & myſticum eſt.

citur mulier *palam quæstum facere*. L. palam, *D. de rit. nupt.* Sed hoc, cum verbum refertur ad id, quod fit; non ad id, quod dicitur, & pronuntiatur. Et maxime aliena hæc significatio est, cum de testamento agitur, quod fit privatim domi coram privatis testibus.

VI. Ita hic voluntatem nuncupare oportet, ut testes non tantum exaudire possint, ut est in *d. L. heredes*: sed etiam ut audiant, ut est in *d. L. hac consultissima*, *§. per nuncupationem*. Hoc verbo sciamus, non audientiam soni tantum exigi: sed etiam sermonis testatoris intelligentiam. Qui in testamento nuncupativo sermonem testatoris non audiunt, aut auditum non intelligunt, puta peregrini, & linguæ ignari: pariter pro non adhibitis habendi sunt. De quo tamen posteriore, quia dubitari potest ex *L. qui testamento*, *§. penult. D. qui test. fac. poss.* ubi id negari videtur: haud abs re erit paucis in hac sententia confirmari.

VII. Huius vero sententiæ duo sunt non dubia argumenta: finis auditionis huius; & verba ipsa legis, quæ hanc auditionem requirit. Finis primum. Quo enim sermonem testatoris audiri a testibus, nisi ut ab his intelligatur? quorsum illi adhibiti testes, nisi ut de voluntate testatoris aliquando testificari possint? neque vero de re non intellecta, eoque nec percepta testimonium dicent. Rei enim ignotæ nulla affirmatio est, nullum testimonium. Iam Legis de hac nuncupatione hæc verba sunt, ut velit voluntatem nuncupari coram testibus. *d. §. ult. Inst. de test. eod.* Non intelligitur quidquam fieri coram aliquo, seu aliquo præsente, nisi is intelligat. *L. coram*, *D. de verb. sign.*

VIII. Negari tamen hoc videtur, ut dixi, in *d. L. qui testamento*, *§. penult. D. qui test fac. poss.* ubi diserte scriptum est, in teste ad solemnia testamenti adhibito non exigi intelligentiam sermonis; sufficere, si vel sensu percipiat, quis cui rei adhibitus sit. Sed id de testibus ad testamentum scriptum adhibitis dictum accipiendum est; nec quod de his in hac re dicitur, id ad testes ad nuncupationem adhibitos pertinere putandum est. Quorum prius verba superioris loci satis docent; posterius differentiæ ratio exposita facile expediet. Verba priora eius loci hæc sunt: *Et veteres putaverunt*, *eos*, *qui propter solemnia testamenti adhibentur*, *durare debere*, *donec suprema contestatio peragatur*. Solemnia testamenti sunt subscriptiones & signa testium, quæ testamentis adhibentur. His solum locus est in testamentis, quæ scripto fiunt. Ea nuncupatio non recipit. Sed & illud, *durare*, moram, & diuturnitatem aliquam temporis significat, cui solum locus est in scriptis testamentis, ubi subscriptiones omnium testium, & obsignationes oportet expectare. Nuncupatio, ut paucis verbis, ita uno pene momento transigitur. Sed præcipue *contestationis* verbum, quod illic legimus, de testamento scripto agi, indicat. Est enim proprie *contestatio*, cum est mutua testatio testatoris & testium. Quod solum in testamentis scriptis contingit, ubi scilicet, sicut ante dixi, testator voluntatem suam testatur coram testibus; testes mutuo illi testimonium præbent subscriptione sua, & obsignatione. In nuncupatione, quæ fit coram testibus, audiunt solum testes, quid nuncupetur: testimonium autem suum nullum consignant in præsentia; sed expectant, dum id præstent, mortuo testatore, iis, ad quos ea res pertinet.

IX. Iam, cur in testibus ad testamentum scriptum adhibitis intelligentiam sermonis non exigamus; in iis, qui ad nuncupationem adhibiti sunt, exigamus, non difficilis explicatu ratio est. Nam, cum testes ad testamentum scripto comprehensum adhibentur, primum non necesse est, eos intelligere sermonem, quo testamentum conceptum est, cum eius testationis fides non ab ipsis petatur, sed a scriptura sola, quæ ideo sæpe clausa profertur. Multo autem minus necesse est testem intelligere, quid cæteri testes dicant, aut scribant, dum testatorem norit; & sciat, se ad testamentum eius adhiberi: quod quidem sensu etiam ipso percipi potest, cognitis aliorum testium subscriptionibus, & obsignationibus, quæ non nisi testamentis adhiberi solent. Diversa caussa est nuncupatæ voluntatis. Quoniam enim hæc scripto probari non potest, quod hic nullum, aut non solemne intervenit: restat, ut eius omnis fides posita sit in depositione, & testificatione [6] testium, qui aliquando de testamento interrogati dicent, testatorem instituisse illos, aut illos heredes; illis, aut illis legata, vel fideicommissa dedisse. Quæ sane dicere, & testificari testes non poterunt, nisi prius cognoverint: nec cognoscent, nisi prius intellexerint.

X. Cum sit autem hæc forma testandi multis partibus expeditior, quam supe-

6) Ita, & Hot. *in §. testes*, 6. (ipsi 3.) *I. h. t.*

perior illa scripti testamenti: hoc loco non abs re quæretur, quid opus sit in superioris diligentia laborare; & an non sit superfluum id facere, ac melius hanc potius sequi. Sed utraque forma suas proprias utilitates habet, propter quas expediat testatoribus interdum hac, interdum illa potius uti. Nec quia posterior facilior est, & brevior, ideo est utilior, & certior, ut declaratur exemplo codicillorum, qui nullam fere solemnitatem iuris desiderant, ut testamenta: neque eo minus usus est utilis, & certus testamentorum. Et testamentum potius scribi, seu scripto potius ita confici, ut diximus, duas ad res plurimum refert: ad secretum voluntatis supremæ, tum ad fidem testationis. In testamento scripto voluntatem enuntiari necesse non est, ut diximus. *d. L. hac consultissima, in pr. C. de testament.* Ac sæpe permagni interest testatorum, & heredum, cæterorumque, quibus quid relinquitur, secretas esse supremas voluntates. Nuncupatio voluntatis hanc utilitatem non admittit. Et, quod ad fidem testationis attinet, in testamento scripto fidem testationis ipsa scriptura per se facit, iam ab initio subscriptionibus & signis testium confirmata, ut quamvis postea testes decesserint; aut, conditione mutata, testimonium dicere in iudicio non possint: nihilominus testamentum ratum sit, dum ii testes, qui supererunt, signa sua agnoscant. In testamento, quod per nuncupationem fit, quia nulla scriptura est, quæ voluntatem testatoris eloquatur, necesse est, huius voluntatis fidem omnem pendere ex depositione testium, qui id dicant, & testentur, quod scriptura, si ulla esset, faceret. Vnde eveniet, ut, nisi testes vivant, a quibus hæc testificatio esse potest; & in iudicio testimonium dicere possint; frustra sit suprema testatio, cui neque scriptura idonea, neque testes ipsi adhibiti testimonium præbeant.

CAP. XI.

Res testamenti ad vim eius necessarias esse, omnibus quidem testatoribus in commune heredis liberam institutionem: in parentibus autem liberorum; in liberis parentum; in fratribus fratrum institutionem, aut iustam exheredationem. Atque hic primum de officio parentum erga liberos; & qui liberi ad hoc officium pertineant. Ubi in nepotibus postumis de formula Galli Aquilii: in iis nepotibus, qui postumorum loco habentur, de lege Velleia agitur; quæque sit utriusque sententia, breviter, & dilucide indicatum.

De interna testamenti forma leges quædam communes omnibus, quædam propriæ certi generis personarum. I.
In quovis testamento necessaria institutio heredis. II.
Leges propriæ certi generis personarum ad quos pertineant. III.
Liberi omnes proximi gradus in testamento a parentibus vel institui, vel exheredari debent. IV. V. VI. XII. XIII.
Etiam postumi. VII.
Et non tantum filii, sed etiam nepotes. De iis ius vetus, eiusque mutatio. VIII. IX. X. XI.

I. HÆc de testandi modo, in quo sunt solemnia externa testamenti comparata ad firmandam testationis fidem. Sunt, ut proposui, & testamenti ipsius res quædam (ex quibus quidem nonnullæ testatori liberæ sunt, utpote ad voluntatem eius tantum, non ad ullam necessitatem rectæ testationis pertinentes, ut legata, & fideicommissa, tutelæ dationes, manumissiones, quæ non sunt huius loci. At sunt aliæ, quæ necessitatem huius loci attingunt, de quibus & hic cognoscendi locus est), res, inquam, eiusmodi, quas in testamento ipso inseri, & caveri oporteat, ad vim testamenti & ipsæ ita pertinentes: ut, his omissis, aut testamentum a principio nullum sit; aut postea suis modis infirmetur. Earum rerum genera duo. Quædam sunt omnium testatorum communes. Quædam certorum testatorum propriæ.

II. Communis omnium est heredis [1] institutio. Hæc in testamento totum facit, ut sive abest, testamentum non fit: sive recte constituta erit, statim testamentum fit perfectum. Unde in *§. ante, Inst. de legat.* dicuntur testamenta ex heredis institutione vim accipere; & ob id hæc ipsa caput, & fundamentum totius testamenti intelligi. Quæ definitio aperte utrunque illud superius continet. Quorum de singulis quominus dubitetur, licet hæc ipsa observare distincte tradita a veteribus. Iam primum ita definiunt veteres, sine heredis institutione nec testamentum esse, nec in testamento quidquam scriptum valere. *L. ult. D. de iur. codicill. L. 1. in fi. D. de vulg. L. 3.* vers *Calpurnius, D. de his, quæ in test. del. §. in primis, Inst. de fid. her.* At quamobrem? Ius est nimirum illi alteri consequens, quo placuit, neminem in paganis [2] pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse. *L. ius nostrum, D. de reg. iur.* Sic enim futurum est, ut ita quis decedat, si nemo instituatur heres, & nihilominus testamentum valeat. Quod inde accidit, quod constant cuiusque bona commodis, & incommodis: commodis earum rerum, quas ipse habet, & quibus utitur: incommodis æris alieni, quo aliis obstringitur. *L. 1. 2. 3. in pr. D. de bonor. possess.* Atque hæc simul utraque, nisi in heredem, non cadunt. Ut enim testator omnia sua bona legatis erogarit, semper restant incommoda, de quibus non testetur, quoniam legata sine onere ad legatarios veniunt. *L. si hereditatem, D. mand.* Solos heredes lex huic rei facit obnoxios. *L. 2. L. ult. C. de her. act.* Unde heredes dicuntur esse universi iuris successores: legatarii non item. *§. legatariis, Inst. de test. ord.* Quamobrem, ut in totum quis decedat testatus; non autem partim testatus, partim intestatus, quod ius non patitur, necesse fuit hoc statui, heredem testamento institui oportere. Iam, ut, herede non instituto, testamentum inutile est: ita hoc in contrarium valet, ut, si quis erit institutus, nihil desit ad iustum testamentum in iis testatoribus, a quibus non exigitur certarum personarum institutio, aut exheredatio, de quibus mox. Legata, fideicommissa, libertatum, tutorumque dationes adiicere potest, si quis vult; & omnia adiecta Lege duodecim Tabularum rata sunt. *L. verbis legis, D. de verb. signific.* Sed, ut dixi initio, adiicere ista non est necesse. Et quamvis vel omissa sint, vel adiecta inutiliter: nihil omissio, aut adiectio testamento nocet: tantum ut heres sit institutus. Inde dictum in *L. 1. §. neque, & §. sequent. D. de her. inst.* eum, qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus, tribus [3] verbis conficere posse testamentum, ut dicat; *Lucius heres esto:* atque adeo ex coniectura voluntatis duobus verbis, ut dicat: *Lucius esto:* vel *Lucius heres.* Institutionem ad vim testamenti cum exigimus, iustam, non vitiosam exigimus, cum in toto iure quod vitiose fit, nec factum videatur. *L. quoties, D. qui satisd. cog.* Sed, quæ sit recta & iusta institutio, dicetur postea opportunius, cum ad voluntatem defuncti, qua defertur hereditas, venerimus, quando ab hac pendet, ut hic, aut ille heres instituatur. Nunc de potestate testamento quid deferendi, eoque & de vi testamenti quærimus. Ad quam vim sufficit hoc loco monere, desiderari ad eam rem in primis heredis institutionem. Itaque huius generis pleniore explicatione in illum locum dilata, ad alterum genus rerum ad testamenti vim pertinentium iam pergemus.

III. Sunt ergo, ut proposui, huiusmodi res quædam certorum testatorum propriæ. Eas dico, quæ, præter institutionem voluntariam, testatoribus quidem, ut utiliter testentur; sed certis tantum, iure iniunguntur. Quo in genere est officium, quod a testatoribus in hereditate deferenda, aut deneganda exigitur erga certas alias personas, scilicet ut vel his relinquant aliquid; vel ut eas verbis a succes-

1) Quam licet vulgo statuant, esse formam testamenti Alex. Picenard. *in Rubr. l. b. 1. pag.* 13. Dauth. *de Testam. n.* 272. verius tamen dici quod sit materia, ostendit Turamin. *de Exec. Legat. Lib.* 3. n. 16. *& seqq.* Forma enim, inquit, a lege est: *L. 3. qui test. fac.* hæc ab homine; formæ nihil addi potest: huic autem accedunt sæpe legata, fideicommissa, libertates, &c.

2) At, opinor, illa regula potius ab hoc iure pendet. Et ratio, quare nemo pro parte testatus decedat, potius est quia testamentum sine herede esse nequit. Heres autem non est, nisi qui in universum ius succedit. Rævard. *in d. L.* 7. Cum enim per heredem repræsentetur defunctus: sicut naturaliter non potest homo vivus esse pro parte; ita nec per fictionem legis, naturæ imitatricem, potest post mortem repræsentari pro parte. Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. *n.* 8. Non e converso; ideo testamentum requirit heredem, ne intestatus quis ex parte decedat. Ant. Fab. 14. *Coniect.* 20. in rationem huius rei inquirens, ita: Omnis alienatio requirit alium, in quem; alium, a quo transferatur. Ille, ut non sit; hic, ut sit dominus, exigitur. Quare, cum translatio fieri debeat in eos, quibus testamento quid relinquitur; eaque non possit fieri a testatore, nec vivo, quia vult, non nisi post mortem valere, nec mortuo, quia dominium amisit, & iam nullus est; atque ita illo casu deficit voluntas, hoc potestas: necesse est induci personam, quæ defunctum repræsentet, & cum ipso idem habeatur, qui est heres, &c.

3) Non autem uno verbo sic: Lucius. *d. L.* 1. *§.* 5. Vid. supra *Not.* 7. C. 21.

ceſſione ſua removeant. Hoc genus officii tribus generibus teſtatorum iniungitur: parentibus erga liberos; liberis erga parentes; fratribus erga fratres.

IV. De officio parentum erga liberos in hac cauſſa hæc iuris ſumma eſt. Liberi omnes, quos, moriente teſtatore, gradu nemo præcedit, a parentibus instituendi heredes, aut exheredandi ſunt. Qui neque inſtituti, neque exheredati erunt, hi ſunt, qui *præteriti* dicuntur. Præteritionis, & iniuſtæ exheredationis pœna hæc, ut vel iure ipſo teſtamentum nullum ſit; vel, poſtulantibus præteritis liberis, aut immerito exheredatis, reſcindatur. Argumentum hoc eſt *Tit. Inſt. de exh. lib. Tit. D. de lib. & poſt. her. inſt. vel exh. Tit. C. de lib. præt. vel exh.* item *Auth. non licet*, *Auth. ex cauſſa, C. eod.* Quod, quale ſit, partibus huius iuris diſtincte expoſitis, intelligetur.

V. Animadvertendum eſt igitur in eo iure tria hæc ordine ſpectanda eſſe, quando & his rebus ius ſuperius continetur. Primum quibus in hoc officio parentum lex conſultum velit. Secundum, quid his velit tributum a parentibus. Tertium, omiſſi eius officii, ſeu eius præteritionis, aut immeritæ exheredationis, quæ ſit pœna.

VI. Primum hic conſulitur liberis, dum cavetur, ut a parentibus inſtituantur heredes; aut, ſi indigni putantur ſucceſſione, teſtamento exheredentur. *L. inter, D. de lib. & poſt.* Videndum, an tribuatur hoc ex æquo omnibus liberis. Olim, conſtat, non [4] omnibus idem datum: ſed multos fuiſſe ex numero liberorum, quos inſtituere, aut nominatim exheredare non eſſet neceſſe, ut his præteritis, nihilominus ratum eſſet teſtamentum, ut ius vetus de his tradit *§. 1.* & deinceps uſque ad *§. ſed hæc quidem, Inſt. de exh. lib.* Hodie conſtitutionibus Iuſtiniani datur omnibus, primum ſine diſcrimine ſexus, ut non minus fœminæ inſtituendæ, aut exheredandæ ſint, quam maſculi: tum ſine diſcrimine gradus, ut, quemadmodum inſtituendi ſunt filii, aut exheredandi; ſic, ſublatis filiis, nepotes, & neptes; nepotibus ſublatis, pronepotes, & proneptes: tertio loco etiam ſine exceptione poteſtatis, ut omnes pariter inſtitui debeant, aut nominatim exheredari, ſive ſui ſint, ſive emancipati. Effectum hoc *L. maximum, C. de lib. præt. vel exh.* cuius ſumma comprehenſa eſt in *§. ſed hæc quidem vetuſtas, Inſt. de exh. lib.* Nondum tamen hac conſtitutione idem tributum omnibus. Reſtabant enim ii liberi, qui ita in poteſtate parentis morientis non eſſent: ut nec unquam antea fuiſſent, qualis eſt filius matri, nepos avo materno, quoniam fœminæ liberos in poteſtate non habent. *§. fœminæ, Inſt. de adopt.* Hos ſuperior conſtitutio non attingit. De his autem ſic ius erat: ut eos mater, vel avus maternus [5] neceſſe non haberet aut heredes inſtituere aut exheredare: ſed ſilentium matris, aut avi materni pro exheredatione haberetur, *§. ult. Inſt. de exh. lib.* & quidem ita: ut, ſi præteritis legitima portio alio modo relinqueretur, ne de inofficioſo quidem teſtamento queri poſſent. *§. ult. Inſt. de inoff. teſt. L. Papinianus, §. ſi quis mortis, D. eod.* Itaque & poſt ſuperiorem conſtitutionem hoc idem ius in iſtis liberis manebat. Sed & hoc idem Iuſtinianus mutavit poſtea *Nov. Ut cum de app. cogn. §. aliud quoque capitulum*, unde *Auth. non licet, C. de lib. præt. vel exh.* Cavit enim non licere parentibus, ne matri quidem, aut aviæ liberos ſuos præterire, vel exheredare. Præterire eſt neque inſtituere heredes, neque exheredare. *§. eadem, Inſt. de her. quæ ab int. def.* Qui vetat ſic omitti, ut neque inſtituantur, neque exheredentur: is haud dubie alterutrum, aut inſtitui, aut exheredari, iubet. Et, ut intelligeremus, eum verbo præteritionis ſignificare eos, qui neque inſtituti, neque exheredati eſſent, ſubiicit, non licere liberos præterire, quamvis, præteritis his, parens eis reliquerit debitam legibus portionem. Quo aperte ſignificatur, non ſufficere quovis modo quid relinquere liberis ad vitandam præteritionem: ſed id relinqui oportere eos inſtituendo. Ita hæc conſtitutio una iam ſufficit, ut efficiatur, tribui hoc liberis omnibus, ut inſtitui, aut exheredari debeant, etiamſi in poteſtate teſtatoris nec ſint, nec unquam fuerint.

VII. Nec tantum qui nati ſunt, parente vivo, heredes inſtituendi, aut exhere-

4) Olim filii nominatim exheredandi, reliqui liberi, ut & filiæ, poterant & *inter cæteros* his ſcilicet verbis (ut Theoph. *in §. 1. I. h. de exher.* tradit), *Cæteri exheredes ſunto*, Cuiac. *in L. 18. de lib. & poſtum.* ubi dicit, hanc vulgarem fuiſſe clauſulam (id eſt, quæ ut plurimum teſtamentis adiecta, & inſtitutioni ſubiecta fuerit), qua non tantum liberi, ſed & parentes, conſanguinei, agnati, cognati, affines, amici exheredati fuerint, per *L. 53. de hered. inſt.* Cui non aſſentior, quia exheredatio res in extraneo inepta. *L. 132. in fin. pr. de V. O.*

5) Etiam iure prætorio. Nam præteritis a matre denegabatur bonorum poſſeſſio contra tabulas, *L. 4. §. 2. D. de bon. poſſ. contra tabb.* quæ datur emancipatis a patre præteritis. Vid. Loriot. *de Iur. arte. Tr. 12. Ax. 5.* Vult. *in §. ult. I. de exher.*

heredandi sunt: sed etiam [6] postumi. §. *postumi*, *Inst. de exh. lib.* *L.* 3. *in pr.* *D. de iniust. rupt. test.* Sic enim vocamus eos, qui post mortem parentis nascuntur. *d. L.* 3. §. 1. *de iniust. rupt.* Neque eo minus existimentur esse liberi testatori, quia, eo vivo, nati non sunt, quasi nondum nati non videantur esse in rerum natura. Nam qui in utero sunt, in toto iure civili [7] intelliguntur in rebus humanis esse, quoties de commodis eorum agitur. *L. qui in utero*, 1. & 2. *D. de stat. hom.*

VIII. Nec tantum filii postumi instituendi, aut exheredandi: sed & postumi nepotes. *d.* §. *postumi*, *Inst. de exher. lib.* Quo loco ante tempora Galli Aquilii dubitatum [8] est, an hi possent institui heredes, si, quo tempore avus testamentum facit, pater eorum viveret. Dubitatio hinc nata, quod tum ita ius erat, postumos alienos heredes institui non posse; §. *postumo quoque*, *Inst. de legat.* *Inst. de bon. poss. in pr.* atque in hoc numero nepotes isti postumi esse videbantur. Sic enim definitur postumus alienus in *d.* §. *postumo quoque:* Qui natus, inter suos heredes testatori futurus non est, idest qui, si, vivo testatore, nasceretur, non nasceretur ei suus heres. Porro non is tantum avo non nasceretur suus, qui non nasceretur in potestate avi, qualis est ex filio emancipato conceptus, quem extraneum postumum esse adiicitur in *d.* §. *postumo*: sed nec is, qui ex filio, qui in potestate erat, conceptus nasceretur vivo patre suo. Is enim suus est heres, qui ita est in potestate morientis: ut simul eum in iure sui heredis nemo præcedat. Unde, quandiu filius, qui in potestate est, vivit, nepos ex eo non est suus heres avo, sed extraneus. §. *sui*, *Inst. de her. qual.* §. *postumorum*, *Inst. de exh. lib.* Atqui in hoc numero sunt ii nepotes postumi, de quibus quærimus, si quidem tempus testamenti aviti spectatur, quo tempore eos pater gradu præcedit. Eo, ut alieni postumi, nec videbantur heredes institui posse. Et obtinuerat hæc opinio apud Romanos ante tempora Galli Aquilii, quasi nec possent: qui tamen nati rumperent testamentum avi, si pater eorum, vivo avo, decessisset. Sic enim sublato patre de medio, fiebant avo morienti sui heredes. Unde eveniebat, ut, cum avus testamentum facere vellet, & in eo vitare, ne testamentum præteritione postumi rumperetur, tamen id consequi ulla provisione non posset, cum necesse haberet præterire eum, quem neque instituere poterat, vetante iure; nec merito exheredare, qui nondum natus de avo male mereri non potuisset.

IX. Hic extitit Gallus Aquilius, qui occurreret huic [9] malo, dum auctor est populo Romano, hos nepotes non, ut alienos postumos; sed, ut suos, recte institui, si instituerentur in hunc casum, quo pater eorum, vivo avo, decessisset. Sic enim futurum; ut sui nascerentur, quos pater gradu præcedere, vivo avo, desiisset. Quam ad rem & ipse formulam concepit, qua id quam facillime, & sine fraude superioris iuris fieri posse videbatur. Formula hæc fuit, quæ proponitur initio *L. Gallus*, D. de lib. & post. *Si*

6) Unde & nomen illis a *post*, & *humus*. Festus *Lib.* 14. *f. m.* 1262. confirmans notationem ex loco Plautino, *Aulular. Act.* 2. *Sc.* 1. Perott. *in Cornucop. in* 10. *Epigr. Martial. f. m.* 661. Vid. Forcat. *Dial.* 8. *n.* 1. Rob. 2. *Animadv.* 2. Gædd. *in L.* 164. *de V. S. n.* 6. Facit *d. L.* 164. *de V. S.* Diss. Cuiac. 3. *Obs.* 4. *&* *ad L.* 3. *de iniust. rupt.* *&* *ad L.* 4. *de lib.* *&* *postum.* Goclen. *Lib.* 2. *Contr. Grammat. C.* 6. Alb. Gentil. *Lect. Virgil. C.* 14.

7) Hæc ratio displicet A. Fabro 1. *Iurisp.* 4. *Princ.* 3. *Confut.* 3. Nullus enim hic favor postumi, cui exheredari inutile; cui etiam utilius ab intestato succedere, quam forte ex exigua parte institui. Et si haberetur pro nato, præteritus non rumperet testamentum, sed nullum diceret. Ratio igitur est favor patris, qui alias non secure testaretur, &c. Instituendus autem postumus etiam a matre. *L.* 6. §. 1. *de inoff.* Obiic. *L.* 4. ibi, *omnem masculum* & *L.* 6. §. *ult.* ibi, *si virilia*, *&c. h. t.* Duar. *ad h. t. de lib.* *&* *postum. f.* 348. *col.* 2. respondet, ideo in *dd LL.* mentio masculorum, quia agitur de ea institutione, quæ omissa vitiat testamentum, qualis non est matris præteritio.

8) Diss. Duar. *ad L. Gallus*, *in pr.* *&* 2. *Disp.* 38. constituens tria genera postumorum. (1) *Suos*, qui quandocumque nati non possunt esse alieni. (2) *Alienos*, qui quandocunque nati non possunt esse sui; ut nascituri ex emancipato. Et de his vere loquitur §. 26. *I. de legat.* (ubi male Hot. 9. *Obs.* 10. *cir. fin.* delet verba, *ex emancipato*) (3) Qui possunt nasci sui, si pater eorum decedat, de quibus dubitari poterat, an essent sui, an alieni. Et de his loquitur *L. Gallus*, nec ullus locus, quo dicantur alieni. Hos quasi suos vocat Vult. 1. *Iurisp.* 73. *n.* 63. Vid. & Loriot. *de Iur. arte*, *Tr.* 2. *de Nativitate*, *Ax.* 8. *&* *seqq.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 3. Rationem autem, cur alieni institui non potuerint colligi volunt ex §. 25. *I. de legat.* quia sunt incertæ personæ. Quæ ratio licet etiam sit in suis postumis: ratio tamen coniunctionis in illis aliud suasit. In vere alienis illud relictum, donec Iustinianus abrogavit, §. 27, *&* *seq. I. de legat.* Duaren. *d. loc.* Mar. Salomon. *in Paradox. in L. Gallus*, *fol.* 3. Sed rationem illam vulgarem scite refellit Matth. Gribald. *Lib.* 3. *de Rat. stud. p.* 266. ubi versibus *d. L. Gallus* explicat. (1) quia incerti dicuntur, qui nec nomine, nec demonstratione designantur, ut: Qui primum Consul erit, &c. *Text.* §. *incertis*, 25. *I. de legat.* postumus autem certo signo demonstratur. (2) Incertæ personæ libertas non datur: *d.* §. 25. postumo datur. *L.* 14. *C. de fid-ic. liberr.* Illi videtur hæc ratio: Ne institutio a dubia postumi nativitate penderet. Hinc, subdit, servus domini non nati poterat institui, *L.* 64. *de her. instit.* quia tum ratio cessat. Obs. At eadem ratio in suo. Respondet. Ibi aliud ne Lex crudelitatis incusari possit, si quos præterire impune non sinit, nec instituere permitteret. Hæc suis metris Gribald.

9) Rationem commodam, non notam vulgo, aperuit. Vid. Duar. *dd. locis*, & Salomon. *fol.* 3. *col.* 2. *&* *fol.* 6. Diss. Vigl. in §. *postumorum*, 2. *I. h. t. n.* 4. *&* *seqq.* putans, Gallum Aquilium rogando solemni more, hoc obtinuisse.

Si filius meus, vivo me, morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus morietur, natus, nata erit: heredes sunto. Hac conditione nemo negaverit, postumum nepotem suum, non alienum, institui, si quidem nascendi tempus spectetur, non testamenti faciendi. Aquilius autem ostendit, satis esse observari id tempus, quo postumus nascitur; non, ut antea servabatur, necesse esse tempus testamenti faciendi respici. Quod & faciendum esse, Scævola monet in *d. L. Gallus*, §. *nunc de lege*, illic, *quid enim necesse est*. Merito: nam quodnam aliud tempus spectaretur in hac institutione, cum instituerentur non nati, sed nascituri, & quidem hac conditione, si *nascerentur?* Atque hæc sententia, & cautio Galli deinde obtinuit, & inde cœpti postumi hoc modo heredes institui ita, ut institutio valeret, cum prius institui posse non viderentur. Qua ratione dictum est in *d. L. Gallus*, *in pr.* Gallum induxisse, sic postumos nepotes institui posse. Induxit non legem ferens (quia privatus fuit, non magistratus, non Consul, non Tribunus plebis), sed ostendens populo Romano, ad eam formulam, quam præscribebat, recte institui nepotes, & sine fraude ejus iuris, quo placebat, alienos postumos institui non posse; simul & hanc sententiam populo Romano probavit. Qua recepta, perfecit sua auctoritate, atque hoc modo in usum populi induxit, ut deinceps ita instituerentur, qui prius non putabantur posse; & in hoc errore non instituebantur; aut instituebantur inutiliter. Nec vero hæc cautio aliud fuit, quam Galli Aquilii sententia existimantis, sic recte postumos nepotes posse institui. Sic nominat Scævola [10] in *d. L. Gallus*, §. & *bene verba*.

X. Nec minus placuit, nepotes, vivo avo, natos, quorum pater testamenti aviti tempore viveret, sive nascerentur postea, sive iam tum nati essent, heredes instituendos, aut exheredandos esse, ne præteriti, mortuo interim patre, rumperent testamentum. Idque effectum lege Vellea. Cavit enim lex, ut, si quis ex suis heredibus heres esse desiisset, vivo avo, puta filius vel morte, vel alia ratione exiens de potestate avi: liberi eius in locum sui heredis sui heredes succederent, & eo modo iura suorum heredum, quasi agnascendo, nanciscerentur. *d. L. Gallus*, §. & *bene*, §. *vivendum*, *de lib. & post.* §. *postumorum*, *Inst. de exh. lib. L. postumorum*, *D. de iniust. rupt. testament.* Iure suorum heredum his dato, non potuit, quin hoc esset consequens, ut, si præteriti essent, rumperent testamentum. *L. inter*, *D. de liber. & post.* Et quoniam eadem dubitatio hic incurrebat, quæ supra, an hi possent institui, quod viderentur quasi postumi alieni, quippe quos pater tempore testamenti aviti præcedebat: eadem lex hac quoque parte dubitationem sustulit; voluitque institui posse, & debere ad similitudinem vere postumorum nepotum. Quo constituto, simul hac parte effecit, ne hi agnascendo rumperent testamentum, dum scilicet intelligitur hac lege recte esse institutos, aut exheredatos; quod cum fit, liberi non rumpunt testamentum. Inde dictum, hoc quoque provisum lege Vellea in *d. §. postumorum, in fi. D. de iniust. rupt. test.* Idque ipsum est, quod Scævola dixit, voluisse legem, vivis nobis, natos similiter non rumpere testamentum. *d. L. Gallus*, §. *nunc de lege*. Voluit, dum rumpendi caussam abstulit. Idque fecit tunc, cum institui, aut exheredari permisit.

XI. Hoc ius utrunque, cum prius esset necessarium, interpretatus est Scævola accurata illa interpretatione, quæ exstat in *d. L. Gallus*. Hodie sciamus, omnem hanc quæstionem de nepotibus postumis, aut postumorum similibus ad præscriptum formulæ Galli, aut legis Velleæ instituendis sublatam esse; eoque, etsi iucundus esse potest labor, qui in cognoscenda subtili, & accurata, nec minus obscura disputatione *L. Gallus* ponetur: tamen ad potestatem instituendorum nepotum postumorum non esse necessarium. Omnis enim cautio, & tractatio Galli formulæ, & legis Velleæ ex eo est, quod postumos alienos instituere non licebat. Atque huc spectat, ne alieni instituantur: inutilis futura, si etiam alienos liceat instituere. Atqui id postea effectum est, ut liceret, & nunc institui etiam iure civili possunt. De quo est ita apud Iustinianum in [11] §. *postumus*, Inst. de legat.

Po-

10) De cuius sententia pluribus Cuiac. Duar. Coras. Hotom. Govean. *ad eam L.* Forcat. *Dial.* 8. & 51. Forst. 2. *de Success.* 28. Vigl. *in d.* §. 2. *l. h. t.* & multi alii latissime allegati ab A. Fab. *Conject. Lib.* 9. & 10.

11) Duar. *in d. L. Gallus*, *in pr.* Cuiac. *in Not. d.* §. 28. & *ad tit.* 22. *Ulp.* §. 19. Vigl. *in* §. *Servus etiam*, 2. *I. de hered. inst. n.* 6. Forst. *d. C.* 28. *n.* 23. A. Fab. 9. *Conject.* 2. Robert. 1. *Rec. Lect.* 3. quia institutio non est iuris prætorii. Respondeo. Non est quidem actus iuris prætorii: potest tamen, si iure civili non valeat, eo sustineri data bonorum possessione secundum tabulas. Aliter Alciat. 9. *Parerg.* 1. in *d.* §. 28. negatione inserta, legens, *non alie-*

Postumus autem alienus heres institui & ante poterat, & nunc potest. Nunc posse, ait, quia, ut posset, constituit ea constitutione, cuius meminit in §. *postumo* (præcedenti) *eod. tit.* Quæ constitutio etsi hodie non exstat in Codice; satis est tamen, eam confirmari in Institutionibus. Eumdem postumum alienum ait potuisse ante institui, cui tamen negaverat prius, quidquam utiliter testamento relinqui. *d. §. postumo.* Sed hæc ipse ita conciliat *Inst. de bon. poss. in pr.* Non poterat institui iure civili, quo iure non valebat institutio: at poterat iure prætorio, quia Prætor instituto dabat bonorum possessionem secundum tabulas.

XII. Nunc, omissa quæstione, an isti institui possint (quod fieri posse, constat, sive sint sui, sive alieni), hoc ad institutam quæstionem de liberis omnibus instituendis, aut exheredandis ex superioribus relinquitur, nullum esse ex liberis, qui superiore sententia non contineatur; & in summa recte ita definiri: liberos omnes, quos, moriente testatore, nemo gradu præcedat, testamento parentis instituendos, aut exheredandos esse, & omnes sine exceptione, nihil ut intersit, sintne sexu masculi, an fœminæ; gradu filii, an nepotes, aut pronepotes; potestate sui heredes, an emancipati, atque adeo, qui in potestate nunquam fuerint aut esse possint; consistentia nati, an postumi; & in postumis nihil, utrum sint filii postumi, an postumi nepotes, & ii, qui postumorum loco habentur.

XIII. Sed meminerimus, hoc omne dici de his, quos in suo ordine nemo gradu præcedit, quo tempore parens moritur, sive hi soli sint; sive ii, quos alii gradu sequuntur. Quod si testatori diversorum graduum liberi erunt: sufficit prioris gradus liberos heredes instituere, aut exheredare: posterioris non est necesse. Ut, si quis moriens filium relinquat, & ex eo nepotem: dum filium instituat, aut exheredet, impune nepotem præterit usque adeo: ut, quamvis filium exheredaverit, & exheredatus, mortuo patre ante aditam hereditatem, decesserit, tamen nepos præteritus non rumpat testamentum, tametsi, filio tum decedente, incipiat solus esse nepos, ac tum videatur obstare debuisse heredi instituto. *L. si quis postumos, §. 1. D. de lib. & post. L. si quis filio, in pr. D. de iniust. rupt.* Sane hoc casu posteriore transmittitur ad nepotes querela inofficiosi testamenti exheredato competens, etsi non præparata, ex constitutione Iustiniani, ut ipsi ex persona defuncti patris hac querela utantur. *L. si quis filium, C. de inoff. test.* Fortasse & ipsi ex sua persona utentur. *L. pater, L. pen. D. eod.* ut nihil obstet *L. si quis filium, C. eod.* De quo amplius dicetur inter actiones in actione de inofficioso testamento.

CAP.

alienus. Quod nove probat, post Vult. *in d. §. 28. n. 2,* Andr. Gerhard. *Exerc. iustin. Decad. 8. Q. 2.* quia verba sequentia, *nisi in utero, &c.* de postumo alieno accipi nequeant. Immo, inquam ego, necesse est ea accipi de alieno, nec omnino possunt de suo. Nam ex Alciati interpretatione, & correctione esset regula *d. §. 28. Postumus suus institui potest*: Exceptio: *Nisi sit in utero eius, quæ uxor esse non potest.* Atqui sic exceptio nihil minus erit, quam conveniens regulæ. Quomodo enim unquam suus postumus potest nasci ex ea, cum qua non est ius connubii. *§. 12. I. de nupt. L. 21. de stat. hom.* Instas. At sic institui non poterit qui in utero est sororis; poterit qui in alterius non cognatæ; & sic minus tribueretur cognato, quam extraneo. Respondeo. Recte Cuiac. *in L. 9. §. 1. de lib. & postum.* verba, *quæ uxor esse non potest,* exponit, *cum qua nemo connubium habet,* ut Virgo Vestalis, deportata, serva. Quod ego confirmo ex verbis adiectis, *iure nostro.* Sororem ducere me vetat non *ius nostrum civile,* sed ius naturæ.

CAP. XII.

De institutione, & exheredatione liberorum: qualem utramque esse oporteat, ut ratæ sint, nec testamentum in pœnam præteritionis, aut iniustæ exheredationis incidat.

Liberos proximi gradus præterire in testamento non licet, sed instituere, vel exheredare oportet. I.
Liberorum instituendorum leges. II.
Non quovis titulo debitam liberis portionem relinqui sufficit: sed eos heredis nomine honorari oportet. III.
Interpretationem Nov. 18. Cap. 1. IV.
Sui heredes pure instituendi, vel sub ea conditione, quæ sit in eorum potestate. Alia conditione, etiam impossibili, adiecta testamentum vitiatur, nisi sub contraria conditione exheredentur. V. VI. VII.
Exponitur L. quoniam, 32. C. de inoff. Test. VI.
Filii qui non sunt in potestate; filia, & nepotes quamvis in potestate sint, sub quavis conditione possunt institui. VIII.
Liberis minimum portio legitima relinqui debet a parentibus. Hæc portio quanta sit, quibus nominibus appelletur, & quare. IX.
Quid si minus legitima portione illis relictum fuerit. X.
Rectæ exheredationis leges duæ. XI.
Rite quomodo fiat exheredatio. XII. seqq.
Exheredare nominatim *quid sit*. XIII.
Is gradus heredum, a quo liberi exheredati non sunt, non valet. XVI.
Liberi, nisi iustis ex causis, exheredari non possunt. Ius ea de re vetus, ac novum refertur. XVII.
Valet tamen sine iusta causa exheredatio bona mente facta, idest ut liberis consulatur. XVIII.

I. Consulitur ergo hoc iure liberis, & iis omnibus, qui primo gradu erunt. Quod his tribuitur, id est quod secundo loco hic spectandum esse diximus: ut instituantur, aut exheredentur. *d. L. inter, D. de lib. & post. L. maximum, C. de lib. præt. §. sed hæc quidem Inst. de exh. lib.* Nec aliam significationem habet, quod ad omnes liberos pertinens cavetur Novella constitutione, non licere parentibus liberos præterire. *Auth. non licet, C. de lib. præt. Nov. Ut cum de app. cogn. §. aliud quoque*. Nam si præterire liberos est, neque heredes instituere, neque exheredare: *§. eadem, Inst. de her. quæ ab int. def.* qui hoc fieri vetat, nempe (ut ante diximus) institui, aut exheredari iubet. Quorum altero solo fit, ne dici possint simul nec instituti, nec exheredati, idest præteriti. Utrum horum eliget parens, utrunque certo modo, & certa ratione illi iniungitur. Quæ in eo leges sint, separatim videndum in singulis.

II. Et institutionis hæc lex est. Si testator liberos suos exheredes esse non vult, tria hæc præstare debet. Primum non quovis genere eos honorare satis est, sed debet heredes instituere: secundo loco instituere certo modo: tertio ad eam quantitatem, ut ne minus habeant, quam legitimam portionem.

III. Primum hoc tenendum: sic exigi a parentibus liberorum institutionem, ut non sufficiat debitam his portionem relinquere quovis genere relicti, puta donationis, aut legati, aut fideicommissi, aut alio quovis: sed necesse sit his honorem hunc habere, ut heredes instituantur. Pertinuit hoc prius ad solos liberos, qui aut in potestate essent defuncti, aut essent ab eo emancipati ex *d. L. maximum, C. de lib. præt.* Ad eos, qui nec essent in potestate eius, nec esse possent, ut sunt [1] filii matri, nepotes aviæ, vel avo materno, non pertinebat; qui præteriti pro exheredatis habebantur, solaque his relinquebatur querela inofficiosi testamenti. *§. ult. Instit. de exh. lib.* At hanc quarta liberis relicta excludebat, sive hanc haberent iure hereditatio, idest institutionis, sive iure legati, vel fideicommissi, vel quo alio modo. *§. ult. Inst. de inoff. test. L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoff. test.* Hodie Novella id emendavit, *d. Novel. Ut cum de*

1) Hinc mater dicitur filium silentio exheredare. *L. si patronus, 12. de bon. libert.* Et ratio est, quia suum heredem non habet, reddita in *L. 4. §. 2. de bonor. poss. contra tabb.* Suorum autem exheredatio propria videtur, nec nisi abusione ad alios trahi. *L. 132. de V. O.* Vid. Hot. & Vult. in *§. ult. l. h. & C. praecd. Not. 5.*

app. cogn. §. *aliud quoque*, & necessitatem liberorum instituendorum imposuit omnibus parentibus. Vult enim, non licere ullis parentibus liberos exheredare, vel præterire suo testamento, nec si per donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint [2] legibus debitam portionem. Ubi aperte hoc exprimitur, non licere parentibus liberos nec instituere, nec exheredare, quamvis alio quo titulo quid eis donatum, aut relictum sit, quo ne parentum testamenta turbarent. Necesse est enim in his, qui exheredati non sunt, præteritos intelligi aut qui instituti non sunt, aut quibus sine institutione nihil aliter datum, relictumve est. Lex posteriores non intelligit, cum neget sufficere, si quid liberis alio quo titulo, quam institutionis, donatum relictumve sit. Relinquitur igitur, priores a lege intelligi, idest eos, quos non exheredatos velit lex heredes institui. Licet hoc idem colligere hoc modo. Cum vetantur parentes præterire liberos: hoc iubentur facere, ne liberi prætereantur. Aut igitur, non exheredatis liberis, parentes id consequentur vel ipsos liberos heredes instituendo: vel sine institutione quid eis relinquendo. Posterius lex non admittit. Quo efficitur, legem alterum exigere, ut parentes his relinquant eos heredes instituendo: alioqui, nisi exheredati sint, præteritos videri, & ad prohibitionem constitutionis pertinere. Hunc honorem a parentibus liberis haberi, leges voluerunt, ne his, tanquam extraneis, relinqueretur; quod statuerent, parentum hereditatem & naturæ tacita quadam lege, & communi parentum voto deberi. *L. ult. in princ. D. de bon. damn. L. scripto*, §. *ult. D. si tab. test. null. ext.*

IV. Non mutat hanc sententiam *Novell. de triente*, & *semiss.* §. 1. Illic ita cautum est: legitimam portionem, quæ illic constituitur, liberis relinqui debere: quod hic liberis obtigerit, id inter eos ex æquo dividi oportere, sive quis illud relinquat institutionis iure, sive legati, aut fideicommissi. Primum nihil hic superiori sententiæ adversatur. Non enim sit potestas quartam relinquendi institutionis, aut legati, aut fideicommissi iure: sed, si relicta erit, vult constitutio, quod inde obtigerit, ex æquo dividi inter liberos. Aperte hoc ita accipiendum est, si recte relicta sit, & si quid inde liberis iure obtigerit; quoniam, quod vitiose, nec iure fit, pro infecto habendum est. *L. quoties*, *D. qui sat. cog. L. non dubium*, *C. de legib.* Ita prior quæstio est, an & quomodo quarta relinquatur. Dicemus autem ex constitutione superiore, sic recte relinqui ad querelam excludendam, si filius vel minima ex parte sit institutus. Tum & quod iure hereditario capitur, & cætera relicta in quartam recte imputari, & ex æquo dividi inter fratres. Sed demus, in *d. Nov. de trient.* & *semiss.* §. 1. nominatim permitti parentibus legitimam portionem relinquere liberis quovis titulo relicti. Tamen, etiam hoc concesso, prior sententia manere deberet. Est enim constituta posteriore lege Iustiniani. Posteriores constitutiones derogant prioribus. *L. ult. D. de const. Princip.*

V. Iam, ut in genere relinquendi liberos institui oportet, sic & institui certo modo. Filius, qui est in potestate patris, qui idem dicitur *suus heres*, aut pure institui debet, aut sub ea conditione, quæ sit in 3 eius potestate. *L. 4. in princ. D. de her. inst.* Si sub ea conditione instituitur, quæ in potestate eius non sit: quasi non instituto eo, testamentum inutile est, *L. ult. in princ. D. de cond. inst.* usque adeo: ut, cum alioqui impossibiles conditiones institutioni, aut legatis adiectæ pro non adiectis habeantur: §. *impossibilis*, *Inst. de her. instit.* hic contra eveniat, ut, si filius, qui in potestate est, institutus sic sub conditione impossibili, veluti, *si uno die Roma Alexandriam ierit*; aut sub aliqua turpi (quæ & ipsa iure impossibilis habetur), statim infirmetur testamentum. *L. filius*, *D. de cond. inst.* Hoc ideo aliter, atque in cæteris caussis conditionem impossibilem adiectam habentibus, quod prohibetur legibus filius institui sub conditione, quæ in eius potestate non sit. Constat autem, conditionem impossibilem in potestate eius non esse, ut proinde & hoc constet, ea conditione ne adiecta, contra legem fieri. Nihil porro ratum, quod fiat contra legem, *L. non dubium*, *C. de legib.*

VI. At enim in *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoff. test.* cavetur, ut in iis libe-

2) An legitima titulo institutionis relinquenda, & an sit pars hereditatis, notabo infra *Lib.* 19. C. 4. Obstare creditur *d. L.* 4. *L. filius*, 28. *pr. h. t. de lib. & postum.* Vid. Lonot. *de Iuris arte Tr.* 12. *de Exheredat. Axiom.* 37. *& seqq.* A. Fab. 3. *Coniect.* 15.

3) Quid autem, si filius secundo gradu institutus, seu substitutus? Et hic pro præterito, quia substitutio est institutio habens conditionem non potestativam. Non enim in potestate substituti est, ut conditio impleatur, sed ex voluntate instituti pendet Coras. *in Rubr. C. de impub. subst.* n. 14. Phil. Massin. *ibid.* n. 39. *& seqq.*

liberis, quibus minus legitima portione relictum est, & qui antiquo iure de inofficioso testamento actionem movere poterant, si qua conditio institutioni eorum, aut relicto adiecta sit: hæc, & omnis alia mora, omneque aliud gravamen iniectum subducatur, ne per caussam minoris quantitatis relictæ testamentum rescindatnr. Sed hoc aperte ad eos filios non pertinet, qui, cum in potestate essent, instituti sunt sub ea conditione, quæ non fuit in eorum potestate. Nam antiquo iure inutilis hæc fuit institutio, & testamentum nullum, ut diximus. Quo posito, nec liberi ita instituti habebant querelam inofficiosi testamenti, cum alio iure, puta ab intestato, venirent ad hereditatem. Quod cum fit, querelæ locus non est. *§. tam autem, Instit. de inoff. test.* Neque dici potest testamentum hic rescindi, quod nullum est. *L. 5.* vers. *puto, D. de iniust. rupt.* Et ut quis diceret rescindi: non tamen occasione minoris quantitatis rescinditur, ut loquitur constitutio: sed quia conditio contra, quam ius concedit, adiecta est, ut, quamvis plus legitima portione relictum esset, idem tamen iuris foret.

VII. Sic tamen filius qui in potestate est, sub alia quavis conditione instituitur inutiliter, nisi sub contraria conditione exheredetur *L. iam dubitari, D. de her. inst. L. 4. C. de inst. & subst.* Tum enim vere dici potest, filium in nmnem eventum institutum, aut exeredatum esse: quorum alterum ad vim testamenti sufficit. At sub conditione, quæ in potestate filii sit, ita ipse recte instituitur, quamvis suus heres, ut conditioni parere debeat; si non paret, removeatur, *d. L. 4. in pr. D. de her. inst.* dum tamen in potestate filii esse intelligamus non eam, quam quovis tempore, & quovis modo implere potest: sed quam statim a principio potest implere, si vult, & potest commode, ac sine periculo. Ad quam sententiam indicandam referri oportet exempla *L. 4. §. puto, usque ad finem. L. 5. L. 6. in pr. D. de her. instit. L. 4. C. de instit. & substit.* Quæ conditio in diversa caussa est, iisdem locis declaratur, eam ad snperiorem definitionem pertinere.

Tom. II.

VIII. Sed meminerimus, hæc dicta esse de filio, & eo, qui sit in potestate patris. *d. L. 4. C. de instit. & substit. d. L. 4. in princ. de hered. instit.* Cæterum [4] & filia, quamvis sua heres, sub quavis conditione institui potest: *L. si quis heredem, C. de instit. & subst.* & filii, qui non [5] sunt in potestate, eodem modo. *d. L. 4. in pr.* Sed & possunt nepotes, ac pronepotes, etiam qui sint in potestate, *etsi* inquit Ulpianus, *redigantur ad filii conditionem.* d. L. 6. §. 1. *D. de her. instit.* Quod sic interpretandum est ex præcedentibus, & contextu *L. 4.* etsi aliis in rebus redigantur ad filii conditionem. Nam in conditione institutioni adiecta aperte separantur. Sic autem dicimus, iure vetere & filium suum heredem sub conditione, quæ in potestate eius sit, institui posse; & nepotes suos heredes, & itemque filios emancipatos posse sub omni conditione: ut intelligatur, hoc iure non solum constitisse institutionem; sed & conditionem filio fuisse expectandam: non, ut alias solet in impossibilibus, conditionem detractam, ut, ea detracta, haberetur institutio pro pura. Quod taman ex *L. quoniam in prioribus, C. de inoffic. test.* ita temperandum erit: ut, cum illic ex legitima portione iubeatur subduci omne onus, & omne impedimentum, intelligamus, ad eam usque quantitatem conditionem non nocere, quo minus ea portio statim obtineatnr. De reliquo exigendum a liberis, ut conditioni pareant, aut eius eventus expectetur, priusquam id consequantur.

IX. Etiam quantitas institutionis spectanda est. Parens liberis relinquere potest quantum libet, etiam ultra portionem legitimam. Sed &, legitima portione relicta, secure testatur. *L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoff. test.* Minus relinquere non licet. *L. parentibus, C. de inoff. test.* Ea portio est pars certa eius portionis, quam quis in bonis paternis habiturus esset ab intestato, *L. parentibus, C. de inoff. test. L. Papinianus, §. si quis mortis, D. eod.* olim quarta eius portionis, *ibidem*, nunc triens, si quatuor

F 2 sint

4) Dissentire videtur Duar. *ad Tit. de condit. instit. C. 4. f. 414.* putans, in specie *L. 7. C. de instit.* præsupponendum, quod vel emancipata fuerit filia, vel sub contraria conditione exheredata. De eo enim ibi non est principalis quæstio, an filia sub conditione non potestativa institui possit, sed quomodo conditiu impleatur.

5) *L. 1. §. 8.* in verbis, *vel nepos sub omni, de suis, & legit.* Ratio diversitatis non alia, quam quia iura magis favent filiis, ait Duar. *d. C. 4. f. 414.* Sed Cuiac. *ad L. 1. & 2. h. t.* differentiam ex eo promanasse, quod olim filiæ, & liberi, præter filios, potuerunt inter cæteros exheredari: filius non potuit. Ergo, deficiente conditione, videbatur filius præteritus, non autem filia, vel nepos, quia tum censebantur hi exheredati ex vulgari clausula, de qua vid. *not. C. praced. Not. 4.* Quare, cum illud discrimen inter *nominatim*, ac *inter cæteros* exheredari, sustulerit Iustinianus: etiam hoc, tanquam ex illo manans sublatum; neque huius debuit relinqui vestigium. Ita Cuiac. Sed diversitatem hanc iure novo non esse sublatam, probat Vasq. 3. *ill. Contr.* 106. *n.* 5.

fint tantum liberi, aut pauciores; si plures, femis, ex constitutione Iustiniani *Novell. de trient. & semiss. §. 1. Auth. novissima, C. de inoff. test.* Dicitur hæc portio *portio legitima*. L. omnimodo, *L. quæ nuper, L. quoniam in prioribus, C. de inoff. test. Nov. de trient. & semiss. in pr.* Eadem dicta *debita portio*, L. Papinianus, *§. unde, D. de inoff. test.* Dicta etiam *pars debitæ portionis* ead. *L. Papinianus*, §. quoniam. *Legitima* ideo, quia legibus constituta est liberis, ut minus his relinquere non liceat, *d. L. parentibus, C. de inoff. test.* Dicta *debita portio*, quia legibus constituta debetur his ipsis legibus. Dicta *pars debitæ portionis*, ut intelligatur hic *debita portio* hereditas paterna tanta, quantam filius, intestato patre, obtineret. Recte hæc *debita portio*, quia ut supra quoque diximus, parentum hereditas liberis natura ipsa deberi putatur. *d. L. ult. D. bon. damn. L. scripto, §. ultim. D. si tab. test. null. ext.* Ita & legitima portio, de qua nunc loquimur, & hereditas ipsa, quæ ab intestato cuique liberorum obtingeret, ambæ dicuntur *portiones debitæ*: sed illa, quia debetur ex testamento, idque etiam legibus; hæc autem, quia ab intestato, idque natura.

X. Redeo ad legitimam portionem superiorem. Hanc, ut proposui, ut minimum liberis relinqui oportet. Si relicta olim non esset; liberi queri poterant de inofficioso testamento, & ita testamentum rescindebatur. *D. L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoff. test. §. ult. Inst. eod. L. quoniam in prioribus, C. eod.* Hodie aliter ex constitutione Iustiniani, *L. omnimodo, C. de inoff. test.* qua lege prospectum est & testamento, & liberis. Placet enim, si quid relictum sit (ante institutionem exegimus), minus tamen relictum legitima: nihilominus institutionem, & testamentum valere, neq posse rescindi querela inofficiosi testamenti: sed filium agere posse, ut, quod deest legitimæ, addatur ad eam implendam. In qua computatione sic res transigi debet; ut, quæcunque relicta sunt filio quovis iure; quæ item donata caussa mortis, ea in legitimam imputentur. *L. Papinianus, §. si quis mortis, de inoff. test. §. ult. Inst. eod. Nov. de trient. & semiss. §. 1.* Quibus in unum collatis, si quid adhuc quartæ deest; id ipsum est, quod peti volumus, Actio in eam rem condictio ex lege superiore Iustiniani, *L. unica, D. de condict. ex leg.*

XI. Si parens liberos a successione sua remotos velit: licet eos non instituere, atque adeo nihil iis relinquere testamento: sed hac conditione, dum testamento ipso [6] exheredet. Alterutrum enim ab eo exigitur. *d. L. inter, de lib. & post. §. sed quia, Inst. de exher. lib. L. maximum, C. de lib. præt.* Exheredationem cum lex exigit, hoc exigit, ut hanc testator testamento verbis complectatur, idest ut iubeat, filios exheredes. Quod tamen, utrum his verbis faciat, *ille exheres esto*, an vero aliis idem significantibus, nihil interest. *L. 3. C. de liber. præter.* Sed, ut non omnis institutio rata est, sic nec omnis exheredatio. Recte exheredationis leges duæ hæ sunt: ut liberi rite exheredentur; tum ut iustis, & meritis de caussis.

XII. Primum liberi [7] rite exheredandi sunt. Qui secus exheredantur, pro exheredatis non sunt. Quam ob caussam his datur bonorum possessio contra tabulas. *L. non putavit, §. non quævis, D. de bon. poss. contr. tab.* Hæc vero nisi præteritis liberis non datur. *§. cum autem, Inst. de bon. poss.* Ut liberi rite exheredentur, in eo hæ sunt conditiones quatuor: ut exheredentur nominatim, ut pure, ut non ex re certa, ut ab omnibus gradibus.

XIII. Prima ergo, ut nominatim, non [8] inter cæteros. *§. nominatim, Inst. de exh. lib. L. maximum, C.* de liber. prætor. *Nominatim* non est tantum nomine filii appellato: sed filio quavis demonstratione ita designato, ut intelligi possit, quis designetur. Quod quale sit, declaratur exemplis in *L. 1. 2. 3. in pr. D. de lib. & post.* & *d. §. nominatim, de exh. lib.*

XIV. Secunda, ut exheredentur pure, non sub conditione. *L. 3, §. pure. D. de lib. & post.* Certo enim iudicio liberi a successione parentum removendi sunt, quod

6) Exheredationem derivat Vvalth. 2. *Misc.* 31. non a verbo, *heredis*, sed a græca voce. Græci enim *exheresimum*, exemptum appellant. Cic. *in Verrem* *Quos illi exhergimos dies nominant*. Quod non puto. Affinis autem exheredationi erat olim abdicatio, hodie reprobata. Vid. Vigl. *in Rub. l. h. t.* Loriot. *de iuris arte Tr.* 12. *de Exheredat. Axiom.* 1. *& not.* supra *Lib.* 2. C. 26. *N.* 7.

7) Cuiac. 3. *ad Afric. in L.* 6. *ad Leg. Corn. de fals.* rite, & recte differre. Illo significari solemnitatem, & ordinem civilem; hoc probitatem actus, & ius naturale, Filiusfamilias, ait, sub conditione, vel non nominatim recte quidem exheredatur, sed non rite. Miles suo iure recte testatur, non rite &c. Quæ Cuiac. sumpsit ex *Gl. in L. 2. D. de iniust. rupt.* Dissentit A. Massa *Lib.* 3. *de Exerc. Iurisperit. n.* 79. volens, *recte* æque ad solemnitatem referri. Sed *rite* de rebus sacris proprie dici, *recte* de aliis.

8) Valet tamen ita exheredatio: *Cæteri omnes filii, filiaque exheredes sunto. L.* 25. *pr. h. t.* Vide Duar. *h. t. C.* 3. *f.* 342. Cuiac. *ad L.* 21. *h. t. &* 26. *Obs.* 9.

quod iudicium in his non est, qui dubitantes de eventu exheredant. Dubitant autem qui exheredationem ex conditionis eventu suspendunt. *L. sed sub conditione, D. de bon. poss. contr. tab.* Licet tamen exheredare liberos sub conditione utiliter, dum sub contraria conditione instituantur. *d. L. iam dubitari, D. de her. inst. L. 4. C. de inst. & subst.* Sie enim fieri iam dixi, ut, de quibus ita cautum est, hi in omnem eventum reperiant se institutos, aut exheredatos. Et horum alterutrum ad vim testamenti satis.

XV. Tertia, ut exheredentur simpliciter; aut, si quid adilcitur, exheredentur ex hereditate ipsa, non ex re certa, veluti ex fundo. In quo alia institutionis caussa est, alia exheredationis. Si ex fundo quis instituatur: valet institutio, detracta fundi mentione (de quo postea in observatione rectæ institutionis). *L. 1. §. si ex fundo, D. de her. inst.* Ex fundo exheredem esse iussum, placet non recte exheredari; & differentiæ hanc rationem esse, quod institutiones, tanquam benigne facientes, recte quoque benigne accipiantur: exheredationes autem, tanquam odiosæ, & suum liberis detrahentes, non sint adiuvandæ. Hoc in *L. cum quidam, D. de lib. & post.*

XVI. Postrema conditio est, ut, si in testamento parentis plures sint heredum gradus institutorum, & substitutorum: liberi exheredentur [9] ab omnibus gradibus, idest, sicut a tota hereditate, sic ab omnibus heredibus. Quod tamen non eo pertinet, ut, si ab uno aliquo exheredati non sint, simul & hic, & cæteri gradus infirmentur: sed ut, si ab aliquo toto non sint exheredati, is gradus [10] non valeat, & is solus. *L. 3. §. ult. L. si postumus, §. quod vulgo, D. de lib. & post.* Unde tractatum, quando liberi videantur exheredati a toto gradu, & ab omnibus gradibus. Locus expositus in *L. 3. §. filius*, & deinceps usque ad finem, *D. de lib. & post.*

XVII. In caussis exheredationis etiam hoc ius antiquum est, liberos non nisi [11] meritis de caussis a successione parentum removeri posse. *L. ult. D. de bon. damn.* Quod certius confirmatum est *Novell. Ut cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque*. Nec vero tantum confirmatum: sed & tria hic addita a Iustiniano, quæ in iure vetere non erant. Nam primum olim certæ caussæ exheredationis non erant, utpote ex existimatione virorum bonorum pendentes; non ullo iure certo comprehensæ. Unde illa varietas iudiciorum, quibus olim testamenta rescindebantur ob eam caussam, ut indicat Valerius Maximus *Lib. VII. C. 8. de testamentis rescissis*. Tum, si iustæ caussæ parenti essent, sufficiebat heredi eas allegare, & opponere liberis. *L. liberi, C. de inoff. test.* Postremo, si expressæ testamento essent, aut aliter a patre designatæ, non exigebatur ab herede, ut probaret, veras esse: sed parentis professio fidem adversus liberos faciebat, nisi liberi docerent, se in fide, & obsequio parentis perpetuo mansisse. *d. L. liberi, C. de inoff. test.* Tria hæc innovavit Iustinianus superiore constitutione. Primum voluit certas caussas exheredationis esse, extra quas parenti non liceret liberos exheredare. Caussæ illic & numero, & ordine [12] comprehen-

9) Hinc nascitur quæstio *L. 8. h. t.* de qua vid. Cuiac. *ibid.* A. Fab. 12 *Coniect.* 19. Quid autem, si exheredatio sequatur omnes gradus, an ab omnibus exheredatus? Vid. *L. 1. C. h. t.*

10) Quid refert, dices, aut prodest? Respondeo. Si instituti primo gradu repudient, filius a secundo gradu non exheredatus, substitutis præfertur. Vid. *L. 3. §. ult. L. 4 de iniust. rupt.* Duar. *ad Tit. de iniust. rupt. C. 3.* Vid. *not. infra Cap. 17. N. 7. vers. Est autem & hac differ.*

11) Quo facit locus Cic. *pro Roscio*. Exheredare pater filium cogitabat. Mitto qua de caussa, &c. ubi vide quare dissentiat Hot. 7. *Obs.* 8.

12) Quæ sequentibus versibus comprehenduntur.

Filius exheres esto. 1. Si verbere patrem
Laserit: d. c. 3. §. 1. 2. Aut verbis si violentus erit. §. 2.
3. Criminis accuset si coram plebe parentem. §. 3.
4 Misceat aut turpi dira venena manu. §. 5.
5. Divitiis dederit si damnum grande parentis. §. 7.
6. Nec curam haud sana mente parentis agat. §. 12.
7. Inter colluviem si gaudeat ire malorum. §. 4.
8. Aut patrium vetita scandat amore torum. §. 6.
9. Si pro patre fidem non interponat. §. 8. 10. Eundem,
A truce nec variis liberet hoste modis. §. 13.
11. Si vetet auferrem testari sanguinis. §. 9. 12. Adsit.
Si levibus Mimis, quos vel arena iuvat. §. 10.
13. A sanctis veterum si degeneraverit aris. §. 14.
14. Filia si quæstum corpore spreta facit. §. 11.

An autem extensio hic fieri potest ad caussae similes vel graviores? Affirmativam communem, & in practica receptam, dicit Clar. *§. testamentum Q. 41. n. 2.* fatetur tamen, disputando, multa posse contradici. Et communem esse, attestatur Gomez. 1. *Resol.* 11. *n.* 13. Simon de Prætis *Lib. 3. de Interpret. ult. volunt. Interpr. 1. Dubit. 6. Sol. 2. n. 5.* & sequuntur Schneidev. *in pr. I. h. t. n.* 15. Menoch. *de Arb. Caus.* 267. *n.* 6. Fachinæ. 6. *Contr.* 78. Contra & Imperatoris menti, ac instituto *d. Nov. 115. C. 3. pr.* ibi *nominatim*, & ibi *ut præter ipsas nulli liceat, &c.* convenientius. Vigl. *in §. ult. I. h. t. n.* 8. Connan. 9. *Comm.* 10. Covarr. *in C. Raynutius extr. de testam. n.* 16. P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 9. Bronch. *Ass.* 26. *&c.* Male tamen utrique exemplum ponunt in filio perduelle. Nam in eo, cum omnis successionis sit incapax per *L. ult. C. ad Leg. Iul. maiest.* & Arg. *L. 5. §. 1. C. eod. &c.* locus huic quæstioni nullus. Cæterum extinguitur exheredatio, si post ingratitudinem intervenerit reconciliatio, aut iniuria a patre remittatur. Vid. Simon. de Prætis *Lib. 3. de Interpr. ult. volunt. Interpr. 1. Dubitat. 6. Solut. 4. n. 14. & seq.* Diss. Vasq. *Lib. 3. de Success. Creat. §. 30. n. 198. & seq.* quia, inquit, cum exheredatio sit caput, & fundamentum testamenti non minus, ac institutio (quod ego verum non puto): non poterit nuda voluntate tolli. Purgatur & ingratitudo monachismo, ut ex caussa, quæ eum præcessit, licet alias legitima, exheredari filius nequeat. *C. non liceat, ult. C. 19. Q. ult. Nov. 123. C. 40.* Cuiac. 12. *Obs.* 26. *in fin.* Goth. *in Not. d. C. 40.* Simon. de

hensæ ad quatnordecim. §. *aliud quoque capitulum*, & §. *seq.* Non est satis, iustam caussam esse parenti, & de ea caussa constare. Voluit Iustinianus nominatim inseri eam caussam testamento. Ead. *Novel.* §. *sive igitur*. Neque hoc satis. Cavit, ut, quamvis iusta caussa testamento inserta esset, heres eam probaret, filio negante: alioqui pro non adiecta habendam. *Eod.* §. *sive igitur*.

XVIII. Sed, quæcunque de iustis caussis exheredationis ante exegimus, sciamus, in ea exheredatione locum habere, quæ vere exheredatio est, ubi scilicet exheredatio ad notandos liberos, & bonis excludendos refertur, quod proprium est exheredationis. *L. ult. D. de bon. damn. L. non putavit, in pr. D. de bon. poss. contr. tab.* At *multi*, inqnit Ulpianus, *non notæ caussa exheredant filios, nec ut eis obsint; sed ut eis* [13] *consulant (ut puta impuberibus), eisque fideicommissam hereditatem dant*. L. multi, *D. de lib. & post.* Quod eo spectat, ut significetur, si quid taie factum sit a patre: valere exheredationem. Et merito probandum est, valere. Quod enim leges veteres, & maxime lex Iustiniani nova iustis de caussis liberos exheredari iubent: Ideo iubent, ut consulatur liberis, ne quam patiantur iniuriam falsis accusationibus, aut circumscriptione parentis. Sic enim verba sunt Iustiniani in *Novell. Ut cum de appell. cogn.* §. *hæc autem*. Bene præcipitur regula iuris, qnod salubriter in rem aliquorum introductum est, non debere sinistra interpretatione adversus eorum utilitatem converti. *L. nulla, D. de legib. L. quod favore, C. eod.*

CAP.

de Prætis *d. Sol.* 4. *n.* 10. Alex. Trentacinq. *de Substit, P.* 1. *C.* 7. *n.* 2. P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 14. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. Creat.* §. 10. *n.* 647. ubi tamen distinguunt, an caussa exheredationis principaliter turpitudinem filii respiciat, an offensam patris. Priori casu tolli monachismo, &c. & *Lib.* 3. *de Success. progressu*, §. 2. *n.* 6.

13) *L.* 12. §. 2. *L.* 47. *de bon. libert. L.* 15. *de ann. legat.* Idem est in præteritione non malo animo facta. *L.* 16. *de bonor. poss. contr. tabb.* Duar. *h. t. f.* 345. Et hæc iure novo non correcta. Simon de Prætis supra *d. Sol.* 2. *n.* 7. Ant. Cucch. *Tr. de Legitima, Tit. Legitima nullum gravamen admittit*, *n.* 25.

CAP. XIII.

Liberis præteritis, vel iniuste exheredatis, quæ sit præteritionis, & exheredationis pœna; seu qua via, & quatenus testamentum rescindatur.

Præteritionis, aut iniustæ exheredationis quænam pœna. I.
De ea re quæstiones duæ. II.
Præteritionis pœna quadruplex. III.
Suis heredibus præteritis testamentum ipso iure nullum etiamsi vivo patre decesserint, vel se abstinuerint hereditate. IV.
Tamen interdum scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas. V.
Postumis suis heredibus præteritis valet testamentum; sed eorum agnatione rumpitur. Idem observatur in quasi postumis. VI.
Tamen interdum scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas. VII.
Liberis emancipatis præteritis, valet iure Civili testamentum: sed Prætor eis tribuit bonorum possessionem contra tabulas. Quid huic iuri consequens sit. VIII.
Liberis a matre, avia, vel avo materno præteritis datur, tamquam exheredatis, querela inofficiosi Testamenti. Quo effectu. IX.
Quæ de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis dicta sunt, ad liberos proximi gradus pertinere. Quid iuris si exheredatus nondum adita hereditate decesserit relictis filiis. X.
In superioribus testamenti infirmandi modis nihil mutatum novis constitutionibus Iustiniani. XI. seqq.
Contraria argumenta refelluntur. XVI.
Exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. Quid porro consequens sit. XVII.
Rite, sed iniuste exheredatis unicum subsidium querela inofficiosi testamenti. XVIII.
An etiam iure novissimo. Utilitas huius quæstionis. XIX.
Affirmatur. XX.
Summa Iuris de præteritione, & exheredatione liberorum constituti. XXI.
Ex caussa præteritionis, vel exheredationis utrum in totum, an pro parte, & qua parte irritum sit testamentum. XXII.
Legata præstanda sunt a filio præterito, quem pater non vivere putabat. XXIII.

I. SI hæc ita servata non erunt, idest si liberi nec instituti, nec exheredati sint, quos præteritos dicimus; §. *eadem, Institut. de her. quæ ab intest. defer.* aut exheredati sint, sed immerito; pœna præteritioni, & iniustæ exheredationi constituta est legibus, qua consulitur liberis adversus testamenti paterni iniuriam; & simul monentur parentes, quid eos hic facere oporteat, ut secure testentur. Quod tertium in hoc officio parentum erga liberos spectandum esse diximus. Pœna ea maxime constituta in *Novell. Ut cum de appell. cogn.* §. *sive igitur.* paucis comprehensa in *Authent. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.* ad hanc sententiam: Ex caussa præteritionis, vel exheredationis irritum est testamentum: sed ad institutiones heredum dumtaxat. Cætera testamento canta rata manere.

II. In hac pœna (quod res postulat) duo hæc spectanda sunt. Primum quando, & quomodo testamentum ex his caussis irritum fiat; secundo loco quatenus. Ait *Authentica*, ex his caussis testamentum irritum esse, neque exprimitur, quando, aut quomodo irritum fiat, ut nec in *Novella* Iustiniani, unde hoc fragmentum sumitur. Quæritur, quando, & quomodo fiat irritum. Utrum ut statim & ipso iure nullum; an vero, liberis præteritis, aut exheredatis solum postulantibus, rescindatur, & qua via rescindatur. Nam iure vetere, quod fuit ante Novellam Iustiniani varie ex his caussis testamenta infirmabantur. Dubitari cœpit ex constitutione Novella, an non statim, & ipso iure nullum sit testamentum. Dubitatio nata ex his verbis, quod lex in universum de omnibus parentibus ita cavit, non licere his liberos quoslibet præterire, aut exheredare immerito. Quibus effici videtur, si parentes contra fecerint, testamentum pro infecto esse, ut accidit in omnibus, quæ contra ius fiunt. *L. non*

du-

dubium, *C. de legib.* Nos cum plerisque eruditis Interpretibus putamus, ex his caussis ita testamentum irritum manere post dictam Novellam, ut erat eo iure, quod Novellam antecessit, ut paulo post ostendemus. Itaque quid hic servandum sit ex eo iure, prius dicemus.

III. Hoc iure alia pœna præteritioni liberorum constituta est, alia exheredationi. Præteritioni quadruplex pœna constituta, prout est qualitas, differentia liberorum. Aliter enim infirmatur testamentum, suis heredibus iam natis præteritis: aliter suis heredibus postumis: aliter præteritis emancipatis: aliter iis, qui nunquam in potestate fuerunt.

IV. Filius, aut reliqui liberi sui heredes, id est qui in potestate testatoris fuerunt, & primum gradum in iure liberorum tenuerunt, si iam nati, & superstites testamento parentis præteriti sunt: statim inutile est testamentum, *L. inter*, *D. de lib. & post. Instit. de exher. lib. in princ.* & *§. sed hæc quidem*, *L. maximum*, *C. de lib. præt.* usque adeo: ut quamvis præteriti, vivo patre, decesserint; aut, parente mortuo, se abstinuerint hereditate, nihilo tamen magis confirmetur testamentum, quod ab initio non valuit. *L. si filius*. 7. *D. de lib. & post. Inst. de exh. lib. in princ. L. quod initio*, *D. de reg. iur.* Rationem huius iuris hanc veteres habuerunt, quod filii sui heredes, etiam vivo patre, quodammodo [1] domini sunt bonorum paternorum. Unde evenire necesse est, ut, mortuo quoque patre, ea retineant, nisi ab his iure remoti sint. Quod solum, exheredatione parentibus permissa, contigit. Huc spectat *L. in suis*, *D. de lib. & post.*

V. Sane, præteritis, vivo testatore [2] mortuis; aut, eo mortuo, se abstinentibus, ita ipso iure nullum est testamentum: ut tamen placeat, his casibus interdum ex æquo, & bono id defendi, & dari scriptis hæredibus bonorum possessionem secundum tabulas. Sed interdum, inquam, nimirum hac conditione, si ii sint scripti heredes, qui ab intestato quoque rem potuerunt auferre (sic enim nulla fit iniuria aliis heredibus. Quæ exceptio est in *L. postumus*, *in princ.* illic, *idem & circa*. *L. filio*, *D. de iniust. rupt.*): aut si, extraneis [3] scriptis heredibus, testator recenti voluntate testamen-

1) Et propterea institutus heres esse nequit, quia nec dominus. Essent enim duo domini in solidum. Bart. *in L.* 11. *h. t.* referentibus Alex. Picenardo *in Rubr. l. h. t. pag.* 52. M. Anton. Cuccho, *in Tr. de Legitime*, *§. Quanta autem*, *vel quota*, *n.* 2. Vid. & Govean. *ad L.* 43. *§.* 2. *de Vulg. & pupill. subst. n.* 1. Dauth. *de Testam. n.* 277. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 15. Exheredatio enim est ioris, quod habetur, abscissio. *L.* 9. *§.* 2. *h. t.* Quare soli sui vere, & proprie exheredantur, atque exheredatio dicitur inepta in extraneo, *L.* 132. *in fin. pr. de V. O.* quia videlicet privatio præsupponit habitum. Cuius rei effectus hic est, ut exheredatio extraneo facta, nec adoptione eiusdem postea sequuta (qua is suus effectus) confirmetur. *L.* 8. *§.* 8. *D. de bonor. poss. contr. tabb.* Loriott. *de Iur. arte Tr.* 12. *de Exher. n.* 4. Et alia ratio, quia videntur præteriti potius oblivione omissi, quam certo consilio exclusi. Quæ præsumptio sumitur a communi parentum voto, & affectu paterno, qui a nullo vincitur. Duar. *h. t. C.* 2. Picenard. *d. loc. p.* 52. Quanquam recte Loriot. *d. Tr.* 12. *Ax.* 3. aliam præteritionem fieri oblivione, aliam silentio, & taciturnitate, quando eodem testamento facta est mentio præteriti, ipsi forte legatum, sive tutor datus. Et Picenard. *d. loc. p.* 71. *col.* 2. cui testamento aliquid relictum, legati, aliove iure, non dici præteritum proprie, quia præterire est nullam mentionem facere: sed secundum quid, respectu formæ non servatæ.

2) Tametsi *Gl. in fin. L.* 17. *de inoff. rupt.* non vitiari testamentum, si præteritus nullum dicere nolit, quia & quæ ipso iure infirmantur, hominis factum requirunt; ut compensatio iure tollit obligationem, obiicienda tamen. Et hic igitur exigetur allegatio filii conquerentis. Sed reprehenditur Accursius a Picenardo supra *d. loc. p.* 71. *& seqq.* quia solemnitatis formalis omissio omnimodo vitiat; & a Loriotto *de Iur. arte. Tr.* 12. *Axiom.* 46. *& seqq.* quia etsi vivo patre præteritus decedat (ubi certum est allegari non posse præteritionem), æque nullum est testamentum. *pr. I. L.* 7. *D. h. t.* Quomodo & argumentatur A. Fab. 9. *Coniect.* 14.

3) A. Fab. 1. *Coniect.* 19. generaliter hoc admittit, etsi extranei instituti, quia, inquit, id tantum intuetur ICtus in *d. L.* 17. quod iniuriam remittit is, cui facta est, filius nempe præteritus. Et ideo fratrum meminit *d. L.* 17. quia de iis ex facto acciderat. Est enim ea lex ex Lib. 5. *Respons.* Papiniani. Ad *L.* 12. *in fin. pr. h. t.* respondet Faber, maiorem favorem esse testamenti a filio adprobati, ut in *L.* 17. quam nec adprobati, nec improbati, ut in *d. L.* 12. & ideo illic opus fuisse rescripto, &c. Sed retractat priorem sententiam idem 9. *Coniect.* 14. Si enim, scribit, extraneus institutus, non est locus quæstioni *d. L.* 17. an legata debeantur. Legata namque in *d. L.* 17. debentur ab intestato. Extranei autem non possunt esse ab intestato heredes. Et tempore etiam Papiniani in agnatis proximis (fratre autem remotioribus) quæstioni *d. L.* 17. locus, quia tum nec in suis, nec in agnatis ulla successio. Hodie autem, quia successio est, id est quia remotiores, abstinente, vel repudiante proximo, ad successionem vocantur; & quæstioni, & sententiæ Papiniani *d. L.* 17. locus est in agnatis, non tamen in extraneis. An autem ideo testamentum iure civili ex caussa præteritionis nullum æquitate prætoria sustinetur? Ita sane volunt DD. vulgo, referente Vasq. *Lib.* 1. *de Success. Creat.* §. 4. *n.* 30. (qui & hac de re tractat, 3. *Ill. Contr.* 99. *&* 100.) Cum quibus videtur sentire noster Donell. *hic*. Sed in duobus casibus. Loriot. *d. Tr.* 12. *de Exher. Axiom.* 50. præteritionem facere testamentum nullum & iure Civili, & Prætorio; sed diversimode. Illo pure, quia necessarius est heres, & ideo non posse convalescere: hoc vero sub conditione, si præteritus velit, *L.* 17. *h. tit.* (qua eveniente ab initio, & retro etiam eo iure nullum fit) quia iure prætorio filius voluntarius heres. Quod non ita est. Abstinendi beneficium, quod indulget Prætor, non facit, ut heres esse desinat filius, qui suus est. Vid. *not. infra lib.* 7. *C.* 2. *N.* 21. Et testamenti validitas non potest esse in pendenti, per *L. ult. in fin. C. com. præd.* Tiraq. *de Iure primig. Q.* 54. *n.* 43. Acutissimus Faber. 9. *Coniect.* 14. testamentum iniustum, etsi filius patris iudicia adprobet, non convalescere, *neque æquitate civili* (1) per regulam *L. pen. de Reg. Iur.* (2) Ne testamenti validitas pendeat ex arbitrio filii præteriti. (3) Quia, cum abstentio sit iuris prætorii: quomodo æquitate civili convalescet propter abstentionem, quam ius Civile non novit? (4) Non hic pugnat rigor cum æquitate. Si enim aliquo casu ex æquitate vires reciperet: certe eo, quo præteritus vivo patre decessit; ubi apparentior æquitas. At hoc non fit. *pr. Inst. L.* 7. *D. h. t.* *Neque ex æquitate prætoria.* (1) Quia non tantum præterito, sed & eius fratri emancipato in-

mentum confirmarit (quæ altera conditio est, quæ argumentum habet in *L. penult. §. ult. D. de bon. poss. sec. tab.*) de quibus conditionibus plura infra *Cap. XVI.* in extremo.

VI. Si liberi sui heredes nondum nati præteriti sunt: valet ab initio testamentum. Et, si postea non nascantur, ut quia mulier abortum fecerit: nihil est impedimento scriptis heredibus, quamvis spes fuerit eos nasdituros. Quod si nascentur: agnatione eorum rumpitur testamentum ipso iure, ut inutile fiat non secus, quam si ab initio iam nati præteriti fuissent. *§. postumi, Inst. de exh. lib. L. 1. C. de post. her. inst.* Idemque est in nepotibus iam natis præteritis, qui, cum tempore testamenti avi heredes sui non essent, postea, filio mortuo, quasi agnatione, sui heredes avo esse cœperunt. *§. postumorum, Inst. de exh. lib. L. postumorum, D. de iniust. rupt. test.* Et quod de liberis superstitibus præteritis supra diximus, valet hic quoque in postumis, & iis qui postumorum loco sunt, ut si hi, postquam nati, aut veluti agnatione sui heredes facti sunt, postea vivo parente decesserint, quamvis illico: placeat, nihilo magis restitui testamentum, quod semel ruptum est. *L. 2. C. de post. her. inst.*

VII. Sed & hoc ita temperandum est, nisi eo testamento scripti sint heredes, qui ab intestato quoque successionem obtinere potuerunt. Tum enim placet, hic quoque ex bono, & æquo defendi voluntatem defuncti, & dari scriptis heredibus bonorum successionem secundum tabulas. *d. L. postumus, D. de lib. & post.* Quod etsi in *d. L. postumus* scriptum est sine distinctione heredum in principio: tamen meminisse debebimus, & ad eum casum pertinere conditionem, quæ in extremo eius principii subiicitur in illis verbis, *Idem & circa*. Ea conditio est, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit. Hanc, inquam, conditionem sic accipi debere, ut ad omnes species præcedentes, quas eadem ratio coniungit, referatur. Idem dicemus, etsi, extraneis scriptis heredibus, voluntas testatoris recenti iudicio redierit; quam exceptionem & supra posuimus ex *L. pen. §. ult. D. de bon. poss. sec. tab.*

VIII. Si liberi emancipati præteriti erunt: valet nihilominus testamentum iure civili: sed præteritis datur a prætore bonorum possessio contra tabulas. *§. emancipatos, Inst. de exh. lib. L. maximum, C. de lib. præt. vel exh.* Hac petita, hic quidem exitus est, ut non minus rescindatur testamentum patris, quam si ab initio nullum fuisset iure civili. Perinde enim res redit ad caussam intestati. *L. non putavit, §. ultim. D. de bon. poss. contr. tab. L. ut liberis, C. de coll.* Sed non eo minus multum interest, utrum hoc modo dicamus testamentum rescindi; an ipso iure nullum esse, ne quis hic de verbis, aut

to instituto dat Prætor bonorum possessionem. *Unde liberi.* Quæ non datur nisi ubi testamentum oullum, per inscriptionem *Tit. D. si tabula testamenti nulla extabunt.* & *Unde liberi* & per *L. 1. §. ult. & L. 2. d. tit.* (2) Quia etsi abstinens non sit heredis loco Prætori; tamen prætori perinde absurdum, ut ex præteriti arbitrio pendeat ius tabularum. (3) Pugnantiam involvit ob abstentionem præteriti filii, testamentum convalescere. Non enim abstinet a successione testati, quia oon est institutus. Ergo ab intestati successione. Quare necesse est prius eam intestati successionem ipsi abstinenti esse delatam. Delata successione intestati, ounquam fieri potest regressus ad caussam testati. Obiic. At datur ex testamento, quo filius præteritus, bonorum possessio secundum tabulas. Respondeo. Sed non quia tabulæ valeant, sed qoia, quoties tabulæ proferuntur septem testibus signatæ, licet nec iure prætorio valeaot: secundum eas tamen bonorum possessio datur. Verum ea est sine re, quoties adest qui ab intestato hereditatem evincere potest. Ulpian. *Tit. 23. §. 6. & Tit. 28. §. ult.* Obiic. At ipsi præterito datur bonorum possessio contra tabulas. Respondeo. Ob hoc ipsum, ut appareat, eas tabulas Prætorem ratas non habere. Neque enim, ut ea detur, requiritor semper, ut subsint tabulæ iure Civili, vel prætorio validæ: sed sufficit si tales adsint, ex quibus dari possit booorum possessio secundum tabulas sive cum re, sive sine re futura. Nec denique obstat *d. L. 17. h. t.* Non enim ibi sustinetur testamentum iure prætorio: sed legata, ac libertates ex æquo, & bono præstantur ab intestato (quod oovum non est, ut tot. *Tit. si quis omiss. caus. testamen.* & in specie *L. 38. de fideic. lib.*), perinde ac si testamentum valeret. Et ratio ea ICtum Papinianum movit: quia penes institutos fratres perinde mansit hereditas, ac si testamentum valuisset. Occasio autem fratris præteriti non debet lucro afficere institutos. *L. 14. de legat. præstand.* Ita Faber *d. C. 14.* pluribus. Cuius sententiam paucis his me expressisse, confido. Volui certe. Quæ licet acuta sint, & subtilia, non tamen intelligo, cui bono sit sic statui, aut quid in effectu intersit testamentum huiusmodi sustineri, aut non sustineri; modo relicta in eo præstentur. Quid si refert, an scripti successores, alias legitimi in *d. L. 17.* sibi vindicent hereditatem ex testamento, (ut Donell. noster, & alii volunt), an ab intestato (ut Faber); modo utrumlibet statuatur, pariter graventur, aut onerentur legatis, aliisque præstandis? Dices, effectum in eo esse, si instituti sint testamento, sed non ex æquis partibus, ubi ex sententia aliorum partes adsignatas, ex Fabri autem sententia viriles sint consequuturi. At nec hoc admittit ratio Fabri petita ex *d. L. 14. de legat. præstand.* Cootingeret enim hac ratione ex caussa præteritionis lucrum instituto, illi videlicet, cui mioor hereditatis portio testamento adscripta, quam quæ ei lege ab intestato defertur. Quare haud scio, an non vulgatæ opinioni, quæ habet, a prætore sustineri hoc testamentum, præterito abstinente, potius absistendum; maxime propter *L. 12. vers. idem & circa iniustum, de iniust. rupt.* quem quidem varie eludit Fab. *9. Coniect.* 16. Sed omnia expendere nec festinatio, nec institutum sinit. Absurde autem Alex. Picenard. in *Rub. l. de exhered. pag. 72. col.* 2. sentit, *d. L. 17.* loqui non de validitate testamenti, sed de libertatibus, & legatis ipsi filio præterito relictis; quæstionem esse, an illæ debeantur; respondere: Si a fratribus partem hereditatis ab intestato petat præteritus, non deberi; sin se abstineat, eum legata, & libertates petere posse. Nam quænam libertas ex testamento competet ei, qui nunquam servus fuit?

formulis, non de rebus agi, existimet. Nam, ubi ipso iure, seu iure civili testamentum nullius momenti est, semper locus fit legitimis heredibus, sive hi liberi futuri sunt; sive, sublatis liberis, alii ex proximis cognatis utpote parente intestato mortuo. At, ubi bonorum possessio tantum adversus testamentum proposita est, sic ac petita rescinditur testamentum: ut prius hanc peti oporteat, & peti intra annum, quod tempus liberis praestitutum est. *L.* 1. *§. largius, D. de success. edict.* Multis autem modis fieri potest, ne liberi ita petant: vel quia morte praeventi sunt, vel quia tempore exclusi, vel quia bonorum possessionem repudiarunt. Quibus omnibus modis bonorum possessionem amitti constat. *d. L.* 1. *§. qui semel, §. quibus, de success. edict.* Ac totidem modis accidit, ut testamentum valeat, & locus sit scriptis heredibus, non legitimis.

IX. Si ii liberi praeteriti sint, qui nunquam in potestate testatoris fuerunt, ut sunt filii matri, nepotes aviae, vel avo materno; hi pro exheredatis habentur. *§. ult. Instit. de exh. lib.* Porro liberis rite exheredatis nullum remedium est ad rescindendum testamentum, nisi querela inofficiosi testamenti, *L. non putavit, in princ. D. de bon. poss. contr. tab.* cui nunquam locus est, nisi cum valet iure civili testamentum; nec hereditas intestati iure, aut quo alio auferri potest. *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* In hac querela si liberi obtinent, idem hic exitus, qui supra; & quidem plenior, ut testamentum omni ex parte rescindatur ipso iure. *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* Sed obtinent, si querela egerint. Multis autem modis & hic itidem fit, ne agatur, de quibus opportunius in actione de inofficioso testamento dicetur, quod futurum est inter actiones.

X. Haec omnia de his liberis dicta sunt, qui primo gradu fuerunt, cum testator moritur. Nam, si testator filium habuit, & ex eo nepotem: sufficit instituisse filium, qui sit superstes patri, ut nepotes, quamvis mortuo postea filio, excludantur. De quo dixi supra *Capite XI. in extremo*. Sed etsi filius exheredatus fuerit: idem iuris est, praeterquam si exheredatus, nondum adita hereditate, decesserit. Quo casu Iustinianus nepotibus querelam inofficiosi patri competentem dedit, ut eodem *Capite* attigimus. *L. si quis filium, C. de inoffic. testam.* Quod si filius neque heres institutus, neque exheredatus erit, an, eo excluso, sequentes gradus admittantur ad querelam inofficiosi testamenti, dicetur postea suo loco in eius querelae explicatione, cui locus est inter actiones in rem de universitate.

XI. Hi modi infirmandi testamenti, ut proditi sunt iure antiquo, ita & confirmantur a Iustiniano in *L. maximum, C. de lib. praet. vel exhered.* Aio, nihil in his 4 mutatum esse constitutione eius Novella, quod ad heredum institutiones attinet. Proinde etiam post eam constitutionem nos hactenus in eo iure manere debere. De quo quamquam abunde iam olim ad *Auth. ex caussa* in commentariis scripsimus: tamen nihil vetat, quia proprius hic locus incidit, eamdem sententiam hic attingere, & uberius persequi.

XII. Huius ergo rei argumenta non obscura esse puto quatuor, quae ducuntur ex ea constitutione in *§. sive igitur* & *§. haec autem*. Primum hoc est. Quidquid lege nova specialiter emendatum non est, id veterum legum, & constitutionum regulis relictum intelligi oportet. *L. praecipimus, in fin. C. de appellat.* Iustinianus autem in utroque illo loco, ut summum, certe nihil amplius constituit, quam ut, si liberi exheredati sint, aut praeteriti, *irritum* sit testamentum parentis, ut & expressum est in *d. Auth. ex caussa, C. de lib. praet. vel exher.* Significanturque hoc verbo interdum quidem ea testamenta, quae ipso iure, & statim non valent: sed multo magis, & proprie ea, quae, cum valuerunt, postea rescinduntur. *§. alio, Inst. quib. mod. test. infirm.* Quapropter, cum specialiter non constituat, ut ex superioribus caussis nullum sit testamentum: in vetere iure manere debemus.

XIII. Secundum argumentum est in verbis ipsius constitutionis. Non enim dicit Iustinianus, ex his caussis testamentum esse irritum, uti concepta est *Authent. ex caussa:* sed iubet, testamentum irritum fieri, testamentum everti. Utitur enim his verbis, τὰς διαθήκας ἀκυροῦσθαι: item ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, in *§. sive igitur,* & *§. iustum,* versic. *si autem haec omnia,* quae valent, *testamento irrito facto; subverso testamento*. Iam vero, ut dici possit, *irriti* verbum ad utrunque genus testa-

4) Consentit A. Fab. 14. *de Error. Pragm.* 7. & Fach. 4. *Contr.* 9. ubi vide dissentientes. Quare & adhuc hodie materna, & avita praeteritio eius, qui in potestate non est, exheredationis vim habet; quae, si sine elogio facta, iniusta quidem: supra *C.* 11. *Not.* 5. non tamen evertit testamentum, sed dat querelam inofficiosi. Quod noster hic velle convincitur. Diss. Hot. 7. *Obs.* 8. Vult. *in §. ult. I. h. t.*

testamentorum pertinere, tam eorum, quæ per se non valent; quam enrum, quæ a principio iusta postea infirmantur: at certe illud, *irritum fieri*, seu *everti*, & *rescindi*, non nisi de bis recte dici potest, quæ ab initio iure valuerunt. Quod enim nullum est, rumpi, aut rescindi non potest. *L. 5. D. de iniust. rupt. test.* Necesse est igitur, bis verbis intelligi, si testamentum ex superioribus caussis ante Novellam ab initio irritum fuit, etiam nunc sententia iudicis tale debere declarari: sin ante ita fuit, ut vere irritum fieret, cum prius valuisset, etiam nunc ita, nt ante, irritnm fieri debere.

XIV. Tertium argumentum non obscurum ex iis rationibus est, quibus utitur Iustinianus in eodem §. *sive igitur*. Ait, se hanc pœnam constituere tantum ut liberis consulatur, ne quam patiantur iniuriam falsis accusationibus, aut circumscriptione parentis. Et apertius in §. *hac autem* tam de præteritionis, quam de exheredationis pœna Inquens nominatim testatur, se, quod de testamento ex his caussis irrito faciendo cavit, constituisse, ut tam a liberis, quam a parentibus iniuriam præteritionis, & exheredationis arceret, atque hoc modo utrisque consuleret. Ergo quæcunque ratio est ex iure vetere, qua ex bis caussis testamentum infirmatur, & consulitur liberis, si hanc servamus: legi Iustiniani satisfactum est. Atqui, bonorum possessione petita, aut, querela inofficiosi perlata, æque liberis consulitnr. Statim enim his modis liberi obtinent; &, cum obtinuerint, testamentnm rescinditur, sitque his locus ab intestato. Proinde hæc sententia Iustiniani est, ut, dum liberis consultum sit, in his ipsis modis infirmandi testamenti nihil innovetur: sed in vetere iure maneamns.

XV. Postremo ex iisdem rationibus apparet, quemadmodum Iustinianus voluit his pœnis consultum esse liberis: ita voluisse consultum solis liberis. Contra sententiam eius igitur, novam aliquam infirmationem testamenti inducere, qua consulatur aliis, quam liberis, eoque nec infirmatio admittenda est. Collectio est Ulpiani in re simili in *L. 3. §. sed utrum, D. de minor.* Iam vero, si ex caussa præteritionis pariter volumus, in omnibus liberis testamentum nullum esse: multis modis consulitur non liberis, sed legitimis heredibus extraneis. Multis enim modis accidere potest, ne liberi petant bonorum possessionem contra tabulas, aut ne agant querela inofficiosi testamenti. Quibus tamen modis si placet, æque testamentum nullum esse: vocantur legitimi heredes, exclusis institutis. Quod nequaquam Iustiniani consilium fuit, qui, ut dixi, voluit consultum solis liberis præteritis. Quare hæc ratio infirmandi testamenti in universum inducenda non est, ut dicamus, liberis præteritis, testamentum nullum esse: sed vetus ratio rescindendi ex bac caussa testamenti servanda.

XVI. Sed impeditur hæc sententia his verbis, quæ sunt initio eius partis, quæ de hac specie est in §. *aliud quoque*. Sic enim lex inbet: non licere parentibus liberos præterire, vel immerentes exheredare. Hinc sic vulgo colligitur: Quidquid fit, lege prohibente, pro infecto est. *L. non dubium, C. de legib.* At, præteritis liberis, aut immerito exheredatis, testamentum fit contra, quam lex superior vetat. Proinde ex his caussis testamentum pro infecto, & nullo erit. Sed, quod dicitur, nullum esse, quod fit lege prohibente, non est perpetuum. Id ita accipiendum est, nisi appareat, nominatim aliud legi placuisse, quam ut, quod fit, ipso Iure nullum esset, veluti cum lex quid fieri vetat; &, si contra factum sit, nominatim pœnam statuit, ut, quod fit, certo modo rescindatur. Id cum fit, an dubitamus, ex sententia manifesta legis id valere: eo autem modo, quo legi visum est, & tunc, cum visum est, solum rescindi? Id vel ex eo iure liquere potest, quod de exheredatione olim fuit in boc argumento. Nam & iure vetere itidem placebat, non licere parentibus liberos exheredare, nisi meritis de caussis, ut est in *L. ultim. D. de bon. damn.* Et tamen, si immerito exheredati essent, nihil amplius fuit exheredatis, quam querela inofficiosi testamenti. *L. non putavit, in princ. D. de bon. poss. contr. tab.* Neque huic querelæ unquam locus est, nisi cum iure valet testamentum. §. *tam autem, Institut. de exhered. lib.* Unde igitur querela ad rescindendum testamentum; ac non potius ipso iure nullum est testamentum, in quo adversus legem, aut bonos mores liberi sunt exheredati? Ex eo scilicet, quod, cum ius vetus liberos exheredari, nisi meritis de caussis, nominatim pœnam adiecit, si contra factum esset, ut daret exheredatis querelam inofficiosi testamenti. Id ipsum accidit in constitutione Iustiniani in ea specie, de qua agimus. Constituit initio, non licere parentibus liberos præterire, aut immerito exheredare. Utrunque eiusmodi: ut, si nihil adiiceret amplius, intelli-

telligeremus, testamentum nullum esse, in quo contra liberi præteriti, aut exheredati essent. Sed hic non consistit; verum adiicit nominatim pœnam, quam hic servari velit in *d.* §. *sive igitur*, & §. *hæc autem*, ut, si hæc ita servata non sint, velit, testamentum *irritum fieri*, *everti*. His verbis non significatur, placere testamentum nullum esse: sed, si prius valuit iure vetere, rescindi, & irritum fieri. Incivile porro est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare, vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.*

XVII. Exheredationis iniustæ iure veteri pœna hæc est. Si liberi rite exheredati non sunt, idest non nominatim, non pure, non ex toto gradu, non ex hereditate: pro non exheredatis, sed præteritis habentur. *L. non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. poss. contr. tab.* Itaque quæ, præteritis liberis, pœna præteritionis futura esset: eadem, & his ita exheredatis, futura est. Suis heredibus ita exheredatis, inutile est testamentum statim, si iam nati præteriti sint: aut fit tale postea agnatione, vel quasi agnatione, si postea nati fuerint. Emancipatis ita exheredatis, datur his bonorum possessio contra tabulas, quæ non datur, nisi præteritis. *d. L. non putavit*, §. *non quævis*, *de bon. poss. contr. tab.* Reliqui liberi, qui in potestate defuncti nec sunt, nec fuerunt, etsi hoc modo præteriti sunt: tamen ipsa præteritio in his pro exheredatione habetur. §. *ult. Instit. de exhered. lib.*

XVIII. Quod si rite exheredati sint, sed immerito, nec iustis de caussis: hic ius ita fuit, ut iure civili valeret testamentum, nec iure prætorio daretur exheredatis bonorum possessio: sed unum his esset remedium ad rescindendum testamentum querela inofficiosi testamenti. *L. non putavit*, *in pr. de bon. poss. contr. tab.* Idque ita fuit, etsi iustæ caussæ exheredationis nullæ adscriptæ essent. Neque id solum: sed etsi constaret, nullam omnino caussam exheredationis esse posse. Argumento sunt infantes, atque adeo postumi, qui olim exheredati, seu exheredes esse iussi, unam querelam testamenti inofficiosi habuerunt, *L. postumus*, *D. de inoffic. test.* §. *tam autem*, *Inst. eod.* in quos tamen constat ingratitudinem, aut ullum delictum, quod exheredatione plectatur, cadere non posse. Quod & Iustinianus nominatim confirmavit in *L. si quis suo*, §. *ultim. C. de inoffic. testament.*

XIX. Quod ius si hodie manere volumus; dicemus, etsi nulla sit iusta caussa exheredandi ex his, quas Iustinianus constituit; aut non sit a testatore adscripta: tamen non nullius momenti testamentum esse, sed solum querela inofficiosi perlata rescindi. Neque hoc de nihilo est, utrum potius statuamus, ut de testamento per bonorum possessionem contra tabulas rescisso iam supra monuimus. Etsi enim habet hoc querela inofficiosi testamenti, ut, cum is, qui egit, obtinuit, tam rescindatur ipso iure testamentum, quam si a principio nullum fuisset: *L. Papinianus*, §. *ultim. D. de inofficios. testament.* tamen, utrum nullum sit ipso iure, an per querelam rescindatur, hoc interest, quod, si nullum est, testator decedit intestatus, ut non alii unquam sint heredes, quam legitimi exclusis scriptis heredibus; sin querela solum admittitur, multis modis accidere potest, ut testamentum consistat, & scripti heredes obtineant hereditatem, nempe omnibus iis, quibus querela inofficiosi agi non potest. Quod non contingit his modis, si liberi, non præparata querela, decesserint; *L. quemadmodum*, *D. de inoff. test.* si querelam repudiaverint; *L. qui repudiantis*, *D. eod.* si intra quinquennium non egerint; *L. Papinianus*, §. *ult.* & *L. si autem*, *seq. D. eod.* si iudicium testatoris quoquo modo agnoverint. *L. pen.* §. *ult. L. ult. D. eod.*

XX. Nos vero etiam nunc [5] post Constitutionem Iustiniani hoc idem ius manere dicimus, ut scilicet, nulla etiam caussa exheredationis adscripta, aut non iusta (quorum utrunque, inspectis verbis testamenti, statim sub sensum cadit): tamen exheredatis liberis non aliud sit remedium ad infirmandum testamentum, quam ut de inofficioso agant; his querela exclusis, maneat hereditas penes scriptos heredes. Movemur iisdem rebus, quibus supra. Nam primum Iustinianus in *d. Novell.*

Ut

5) Consentit Pac. 5. Q. 86. Arum. *Exerc. Iust.* 10. Th. 6. Diss. Cuiac. *ad L.* 4. *h. t.* Lonott. *de Iur. arie*, *Tr.* 84. *de Exher. Axiom.* 8. P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 5. & 17. Picen. *in Rub. I. h. t. p.* 64. Vult. *in* §. 1. *h. t. n.* 16. Vigl. *ibid. n.* 9. Putant hi, sententiam suam æquitate maiore niti. At non illa sententia benignior, sed Donelli nostri. Facit enim pro conservatione supremæ ordinationis; nec nocet ipsi postumo. Finge enim non nasci postumum aut natum mox decedere, querela nondum præparata; quosnam hereditatem habere æquius melius? Ex Donelli sententia habebunt scripti, quia querela nondum præparata ad heredes non transit, & servabitur testantis voluntas, nec ulli fiet iniuria: ex aliorum opinione, venientes ab intestato, ad quos ius dicendi nullum transit.

Ut cum de app. cogn. §. *sive igitur* nominatim cavet, si liberi ita exheredati non sint, uti supra scriptum erat, testamentum irritum fieri. Proprie non fiunt irrita, nisi quæ rescinduntur; nec rescinduntur, quæ nulla fuerunt. §. *alio, Instit. quib. mod. test. inf. L.* 5. *D. de iniust. rupt. test.* Idem Iustinianus *ibidem*, tum in §. *hac autem* testatur, se hoc toto iure, quod hic constituit, liberis consulere voluisse, ne quam paterentur iniuriam in testamentis parentum. Satis illis consulitur proposita querela inofficiosi testamenti. Nam, si nulla iusta caussa est exheredationis, aut non adscripta testamento, aut ab herede non probatur; statim liberi obtinent, ut fiant patri intestato heredes non secus, quam si testamentum ipso iure nullum esset. *L. ut liberis. C. de coll.* Quapropter hoc remedium ad sententiam Iustiniani satis. Idem Iustinianus *ibidem* vult consultum solis liberis. Non ergo testamentum nullum erit, nisi quatenus & olim nullum fuit; alioqui consulitur etiam aliis legitimis heredibus, qui, liberis vel morte, vel repudiatione exclusis, intestato testatori succedent. Quod, cum non sit propositum Iustiniano, non admittemus. Arg. in *d. L.* 3. §. *sed utrum, de minor.* De eo, quod Iustinianus initio cavet, non licere parentibus liberos exheredare, nisi iustis, de his adscriptis, ac probatis de caussis, quomodo accipiendum esset, si contra factum esset, iam satis supra respondi.

XXI. Summa hæc est. Ex caussa præteritionis vel exheredationis liberorum testamentum parentis irritum est. Sed hoc *irritum*, dupliciter: alias ut nullum sit testamentum ipso iure: alias ut solum, liberis postulantibus, rescindatur; his petitione exclusis, valeat. Ipso iure nullum est, liberis suis heredibus præteritis: nullum statim, si sui heredes iam nati præteriti sint: nullum postea agnatione, aut quasi agnatione postumorum, si præteriti sint, qui nondum nati, aut nondum sui heredes erant. Suis heredibus exheredatis, aut cæteris liberis, qui sui non sunt, vel exheredatis vel præteritis; testamentum iure civili valet: solum, postulantibus liberis, rescinditur. Rescindendi via duplex: bonorum possessio contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti. Illa proposita, ut necessaria solis liberis emancipatis præteritis: hæc exheredatis, aut si qui sunt, qui præteriti pro exheredatis habentur, quales sunt, qui in potestate parentis nunquam fuerunt. Quid referat, utrum ipso iure nullum sit testamentum, an vero istis modis rescindatur, supra ostendi.

XXII. Quatenus ex his caussis testamentum irritum sit, alterum illud est, quod in hac pœna spectandum esse diximus. Id expressum est in *d. Auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.* & *d. Novell. Ut cum de app. cogn.* §. *sive igitur*. Institutiones nimirum heredum irritæ sunt, id est, hereditas ad solos liberos præteritos, vel exheredatos pertinet, exclusis scriptis heredibus: cætera testamento cauta rata manent. *Cætera* exprimuntur in constitutione, ut legata, fideicommissa, libertatum, tutorum dationes eo testamento insertæ. Adde & pupillarem substitutionem, quæ & tunc servatur, cum placet, vel sola legata ex testamento præstari. *L.* 2. §. 1. *D. de vulg.* Quo loco ius singulare, & novum notandum est. Nam ita ius est civile: ut nemo decedere possit pro parte testatus, & pro parte intestatus. *L. ius nostrum, D. de reg. iur.* Unde illud constanter traditum a veteribus: ex quo testamento heres non est, nihil in eo scriptum valere. De quo mox apertius. Hic contra constitutum videmus, reiici nimirum institutiones, & hactenus parentem decedere intestatum: legata, & cætera testamento cauta rata esse, & hactenus testamentum valere: proinde & hactenus defunctum testatum decedere. Ex quo intelligi debet, quæcunque veterum constitutiones, & responsa in contrariam sententiam hodie exstant tam in Codice, quam in Pandectis, omnia hac lege abrogata esse. Filio præterito, qui fuit in patris potestate, placebat, neque libertates competere, neque legata deberi. *L. filio, D. de iniust. rupt. test.* Hodie & libertates competent, & debebuntur legata. Ex rupto testamento certum ius erat nihil deberi, neque peti posse *L.* 1. *C. de post. her. inst.* Hodie debebuntur, & peti poterunt omnia. Testamento per bonorum possessionem rescisso, nihil ex iudicio patris debebatur, præterquam certis personis; hoc est, liberis, parentibus, uxori, nuruique dotis nomine legatum. *L. non putavit*, §. *ult. D. de bon. poss. contr. tab. L.* 1. *D. de leg. præst.* Hodie debebuntur omnia, & omnibus. Nec minus ius certum erat, ex caussa inofficiosi testamenti ita ipso iure rescindi testamentum: ut nec valerent libertates, nec legata deberentur. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. test.* Ex hac constitutione valebunt omnia præter institutiones. Neque id tantum dicimus, quia diserte cautum est ea lege, solas insti-

ſtitutiones irritas eſſe, cætera valere, *d.* **§.** ***ſive igitur:*** ſed etiam quia in **§.** ***iu-ſtum***, verſ. ***ſi autem hæc omnia*** nominatim abrogatur a Iuſtiniano, ſi quid in aliis legibus inventum fuerit ei conſtitutioni contrarium. Et hoc quidem hodie dubitationem non habet in teſtamento eius, qui [6] vel exheredavit, vel præteriit liberos, quos ſe habere non ignorabat. Nam qui voluit ſucceſſione ſua tota eſſe excluſos: multo magis voluit, ſi quo caſu ad eos rediret hereditas, eos hereditatem habere legatis a ſe relictis imminutam.

XXIII. Quæſitum eſt, num idem probandum ſit in teſtamento eius, qui ideo liberos præteriit, quia ſe non habere putavit. Finge, parentem, falſo rumore perlato filii, quaſi is in exercitu, aut a latronibus occiſus eſſet, in hoc errore inſtituiſſe alios heredes extraneos, & quidem nominatim, quod diceret, ideo ſe eos inſtituere, quia ſibi is heres, quem optabat, non contigiſſet: ab his heredibus multa legata reliquiſſe. Filium quidem reverſum, & præteritum conſtat, irrito teſtamento parentis conſtituto, hereditatem eius ab inteſtato obtenturum & iure vetere, & maxime conſtitutione Iuſtiniani, quam tractamus. Idque etiam non modo non invito, ſed etiam volente, & ita exoptante patre. De legatis [7] eo teſtamento relictis quæritur, an putemus, ea etiam ex hac conſtitutione a filio præſtanda. Verba conſtitutionis manifeſta ſunt, præſtanda eſſe. Sed videtur voluntas parentis refragari. Veriſimile eſt enim, parentem, ſi ſciviſſet, ſibi filium eſſe ſuperſtitem, ut alios non inſtitueret heredes: ita nec filium iis legatis fuiſſe oneraturum. Et hanc coniecturam ius certum confirmat. Placet enim, nunquam quemquam videri alienas ſucceſſiones propriis anteponere. ***L. cum acutiſſimi, C. de fideicomm.*** Porro, cum in teſtamentis voluntas faciat, ut valeat quod in teſtamento ſcriptum eſt, ***L. 12. in fin. D. de legat.*** 1. nihil poteſt deberi contra eius voluntatem. Sed & in hac ſpecie legata a filio præſtanda, iam olim ſingulari [8] iure conſtitutum erat, quod exſtat in ***L. cum mater, D. de inoff. teſt. L. ult. D. de hered. inſtit.*** Id cum non [9] mutarit Iuſtinianus Novella conſtitutione, ſed magis & in univerſum confirmarit: nihil dici poteſt, cur in eo non maneamus, etſi Bartolus in ſuperioribus

6) Ita & Duar. *ad Tit. D. de iniuſt. rupt. C. 2. f.* 366. Bellon. 4. *Supputat. ult.* Loriott. ſupra *d. Tr.* 12. *Axiom.* 53. *& ſeqq.* Fachin. 4. *Controverſ.* 10. *&* 10. *Contr.* 70. A quibus ut diſcedam, & Cuiac. *in L.* 4. *h. t. & in L.* 17. *de iniuſt. rupt.* P. Greg. 42. *Synt.* 22. *n.* 31. Vaſq. *Lib.* 2. *de Succeſſ. Creat.* §. 20. *P.* 3. *Requiſ.* 29. n. 291. *& Lib.* 2. *de Succeſſ. progreſſu*, §. 14. *n.* 125. *& ſeqq. &* 3. *Illuſtr. Contr.* 106. *n.* 13. *& ſeqq.* Chiflet. *Lib.* 3. *de Iure Fideic. C.* 8. Baſ. 3. *Parad.* 6. A. Fab. 20. *de Err. Pragm.* 4. accedam, ſequentes me partim illorum, partim meæ rationes, quibus ipſis & contraria argumenta diluuntur, me movent. I. Quia ius vetus, omnimodo infirmans ex certa iuris ratione, non mutatum aperte. II. Quia perquam durum eſt regulam *L.* 7. *de R. I.* ex ipſuma, & intima Iuriſprudentia depromptam, & veriſſimam iuris rationem, (qua nihil in teſtamento citra inſtitutionem valet. Vid. *not.* ſupra *Cap.* 11. *N.* 2.) ſublatam eſſe. III. Quin imo ſic fieret, ut quis in totum inteſtatus, & ex parte teſtatus decederet, quod contradictionem implicat. Concurreret enim filius præteritus cum legatariis, & quia exheredatione ius, quod vivo patre habuit, ei non abſciſſum, eiuſdem in ſolidum manet dominus, & ab inteſtato in totam hereditatem, ac omnia bona ſuccedit. IV. Quia in *d. Nov.* 115. per *præteritionem* intelligitur non alia, quam matris, vel avi materni, vel filii, qui patrem præterit, quæ loco exheredationis eſt. Ubique enim eadem ratio illius conſtituitur, quæ exheredationis, & ex utriuſque cauſſa dicitur teſtamentum everti, evacuari, reſcindi. *d. Novell.* 115. *cap.* 3. *in fin. & cap.* 4. *in fin.* Atqui & noſter fatetur, ex præteritione paterna nullum eſſe, ſaltem quoad inſtitutionem. Quid quod ſola illa vere præteritio eſt, cum paternæ nullus ſit effectus. Chiflet. *Lib.* 3. *de Iuri Fideic. Cap.* 5. V. Quia Imperator voluit auferre iniuriam præteritionis, ſcilicet eam, quæ antea non ablata, contra quam liberis non plene proſpectum erat. Ea autem eſt materna, & quæ illi ſimilis. Præteritis enim a patre leges antiquæ pleniſſime conſulunt, & durum eſt conſtitutionem in favorem liberorum editam, in eorum incommodum torqueri. VI. Quia & *Auth. ex cauſſa*, *C. h. t.* Irnerius concepit de *irrito* facto teſtamento ex cauſſa præteritionis. Filio autem a patre præterito non fit irritum, ſed eſt iniuſtum. Et utut Irnerius ſecus forte ſenſerit: tamen authenticæ illius, non ſunt omnino authenticæ. Vid. ſupra *Lib.* 1. *C.* 11.

7) Et hic a noſtro recedo. De matris præteritione loquitur *d. L.* 28. non de patris, cuius præteritio, etiam ab ignorante facta, non minus; immo magis reddit teſtamentum ipſo iure nullum, ut inofficioſum argui nec debeat, nec poſſit. Nam quando a ſciente ſuus præteritus eſt, deficit tantum poteſtas, quando ab ignorante & poteſtas, & voluntas adimendi ius, quod ſuus habet. Quæ autem quæſo vel fingi, aut mente concipi poteſt ratio, cur iure veteri, (quo filio ſcienter præterito, nulla legata ex teſtamento deberi apud omnes conſtat) ab inſcio, & errore decepto præteritus legata præſtare debuerit. Immo ex hac cauſſa præſtita legata filium hunc condictione repetere ſcrat. eſt *in L.* 3. *de Cond. indeb.* (quæ cum de patre loquatur non matre, ut *d. L.* 28. illi contraria non eſt, ceu putat Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus num.* 267. Appollini ſolvendam antinomiam, quæ nulla eſt, relinquens. (Qui igitur repetitionem habet, magis retentionem. Quod autem *ad L. ultim de her. inſt.* attinet, miror, non animadvertiſſe eruditiſſimum Donellum, ex verbis ipſis illic errore, poſteriore teſtamento præteritam, cum deceſſiſſe falſo crederetur, non filiam teſtatoris, ſed fratris ipſius, quæ priore teſtamento inſtituta.

8) Quoad hoc recte Donellus, ut & Duran. *ad Tit. D. de inoff. c.* 14. & A. Fab. 20. *de Err. Pragmat.* 9. *&* 1. *Iuris Pr.* 1. 2. *Pr.* 1. *Ill.* 56. Rationem autem iuris ſingularis ego hanc puto, (quæ præteritioni paternæ non convenit.) Ut querela inofficioſi ſubvertatur totum teſtamentum, pœna eſt iniuſtæ exheredationis. Cui pœnæ hic locus non eſt, cum mater probabili errore decepta, filium, quem non ſupereſſe putavit, prætereundo, non deliquerit; nec poſſit factum illius argui quaſi receſſerit ab officio pietatis. Nulla igitur iniquitas, filium præſtare ea legata, quæ mater etiam ab ipſo, ſi rumore de eius obitu non decepta, inſtituiſſet, relictura fuiſſet, quæque forte in priore teſtamento, quo filium inſtituerat (quod facile præſupponi poteſt, *in d. L.* 28. *arg. L. ul. de her. inſt.*) ab eo ante reliquerat.

9) Ceu volunt Baro *in d. L.* 28. (quia, inquit, nec principalibus reſcriptis pepercerunt compilatores *L.* 2. §. *quæ omnia. C. de vet. iur. enucl.* Sed non ſequitur. Adnotavit illa non Tribonianus, ſed Paulus.) Curt. 3. *Coniect. ad fratr.* 35. & Cuiac. *ad L.* 25. *de lib. & poſt.* qui tamen aliter 10. *Obſ.* 22. & aliter 26. *Obſ.* 9.

ribus locis contra disputat, & sentit. Si de voluntate patris constaret, nolle eum legata præstari, si filium haberet: negaremus, legata deberi a filio. Nunc autem legata relicta sunt, nec de contraria voluntate quidquam certo probatur. Melius est igitur pro verbis & voluntate testatoris, quæ ex verbis colligitur, respondere. Nec, cum filius in hac specie legata præstabit, videbimur alienas successiones propriis testatoris successionibus anteponere. Hic enim non extranei successores præponuntur filio, sed filius aliis heredibus, cum hereditas ad filium solum pertineat. Et quod onere legatorum obstringitur, non facit, quominus sit heres, & successor patris. Quin ideo legata præstat, quia est heres. *L. 2. C. de her. vel act. vend.* §. *heres, Instit. de oblig. qua quas. ex contr.* Disserui in hanc sententiam fusius in Commentariis ad *Auth. ex caussa*, unde plura & certiora, si quis volet, sumere licebit.

C A P. XIV.

De institutione, & exheredatione parentum. Quid harum in utroque a liberis servari oporteat ad vim testamenti. Parentibus præteritis, aut iniuste exheredatis, quæ præteritionis, & exheredationis pœna; seu qua via testamentum ex his caussis rescindatur, & quatenus.

Liberi, si filios non habeant, parentes in testamento heredes instituere debent, vel exheredare. Præteritis datur querela inofficiosi testamenti. Quare. I.
In institutione tria spectanda. II.
Non sufficit quovis titulo debitam parentibus portionem relinquere, sed heredis nomine honorandi. III.
Conditio institutioni parentum adiecta subducitur usque ad legitimam portionem. IV.
Quid si minus legitima portione relictum fuerit. V.
Portio legitima parentibus debita quanta sit. VI.
In parentum exheredatione quænam spectanda. VII.
Quis ritus. VIII.
Quæ caussa. An exprimenda. Quis probare debeat. IX.
Parentibus præteritis quomodo succurratur. X. XI. XII.
Inofficiosum testamentum liberorum, qua parte infirmetur. XIII.

I. Quod officium exigitur a parentibus erga liberos ad vim testamenti, hoc idem a liberis, quibus alii liberi non sunt, exigitur erga parentes, ut eos nimirum liberi heredes instituant, aut iuste exheredent. Præclare enim Papinianus in *L. nam et si*, D. de inoff. test. *Et si parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet*. Id autem habet hanc sententiam. Naturalis erga filios caritas cogit parentes non tantum ut velint, hereditatem suam ad liberos suos superstites pervenire; sed etiam exoptent, & pro eo quidvis voveant. Mortalitatis quoque, & humanæ conditionis naturalis ordo hic, ut prius parentes decedant. Quæ naturæ conditio facit, ut sic etiam hereditas parentum redeat ad liberos; non contra liberorum ad parentes, qui iam decesserunt. Sed, si eveniet, ut turbetur [1] hic ordo, ac prius liberi evocentur ex hac vita: facit pietas parentibus debita, ut non minus his, quam liberis, debeat relinqui. Et hoc est, quod ex eodem refertur in *L. scripto*, §. *ult. D. si tab. test. null. exst.* Liberos, inquit, ad bona parentum naturæ simul, & parentum commune votum admittit: parentes ad bona liberorum pietas, & ratio miserationis. Miserandus est enim iustus dolor [2], & luctus parentis conceptus ex morte liberorum, cui leniendo accommodatum solatium visum est, si hereditas liberorum ad parentem veniret, ne, ut est in *L. iure succursum, D. de iure dot.* parens simul amissi filii, & bonorum eius damnum sentiret. Hinc parentibus præteritis, aut immerito exhere-

1) Præposteritas naturæ vocatur, in veteri inscriptione, quando filius morte patrem prævenit, vid. Cui. 8. *obs.* 23.

2) Hinc dicitur luctuosa portio *L. 28. C. de inoff.* luctuosa hereditas *L. ult. C. de inst. & subst.*

redatis querela inoffieiosi testamenti lam olim eonstituta. *L.* 1. *D. de inoff. test.* Quod ius confirmavit, & auxit Iustinianus *ead. Novell. Ut cum de app. cogn. §. iustum*, & *seq.* Cavit enim similiter, ut de liberis, non licere liberis parentes præterire aut immerito exheredare. Dixi supra, præterire in hac quæstione esse nec heredes instituere, nec exheredare. *§. eadem, Inst. de her. quæ ab int. def.* Ita eonstitutio hoe fieri vetando, alterum saltem a liberis quoque exigere intelligitur, ut parentes suos heredes instituant, aut exheredent.

II. In institutione tria ltem hic spectanda: institutio ipsa, quæ exigitur; institutionis modus, seu forma: & quantitas.

III. Iubentur institui parentes, non utique simul omnes, si quis plures habeat diversis gradibus; sed ut quisque gradu proximus est defuncto. De quo plura dicentur in querela inofficiosi testamenti. Interim proximi gradu institui iubentur. Hoe eo pertinet, ut non sufficiat his quovis modo quid relinquere testamento, etiam quod sit satis ad legitimam portionem ut olim licuit: *L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoffic. test* sed ita relicto honorandi sint, ut instituantur; ac, nisi, instituantur, non eo minus de inofficioso testamento queri possint, & testamentum evertant, & sibi locum faciant ab intestato. Si instituuntur: possunt iuberi contenti esse privatis legatis, aut fideicommissis, quæ his relicta sint; aut si quid his donatum sit caussa mortis: cæterum semper institui oportet, ut & in liberis faciendum esse diximus. Diserte hoc cautum in *ead. Novell. §. hæc autem.*

IV. Modus institutionis prope idem. Si liberi parentes pure instituant, bene est. Si sub eonditione: valet non minus institutio, & simul testamentum: sed conditio usque ad legitimam portionem subducitur: quod ultra est, ad eam quantitatem conditio expectatur. Hæc Iustiniani lex est pertinens ad omnes, qui de inofficioso testamento olim querelam movere potuerunt, *L. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam.* Potuerunt autem & parentes. *d. L.* 1. *D. eod.*

V. In quantitate institutionis idem plane hic ius quod in liberis. Nam & parentibus similiter legitima portio ut minimum relinqui debet. Sola hæc in his, qui recte remoti a successione non sunt, querelam excludit. *L. Papinianus, §. si quis mortis, D de inoffic. testam. §. ultim. Institut. eod.* Sed, si tota relicta non est, non infirmatur, ut olim, testamentum: sed beneficio Iustiniani placet valere, agi autem ad supplementum reliqui, quo legitima compleatur. Si quid relictum sit tamen, & iure institutionis relictum: alioqui ius antiquum est. *L. omni modo, C. de inoffic. testam.* Nam & hæc constitutio ad omnes pertinet, quibus inofficiosi testamenti querela ante eompetiit.

VI. Legitima portio in parentibus eadem, quæ in liberis, idest non quarta, ut olim; sed triens. Portio generaliter constituta omnibus, quibus olim quarta legibus decreta erat. *Novell. de trient. & sem.* §. 1. ubi trientem, & quartam semper intelligere debemus trientem, & quartam eius, quod, filio intestato defuncto, potuit ad parentem pertinere. *L. parentibus, C. de inoffi. test. L. Papinianus, §. si quis mortis, D. eod.*

VII. Si liberi parentes non instituant, iubentur exheredare. Sed & hoe prope iisdem legibus, quas in testamento parentum exigebamus Spectanda itidem in hac exheredatione ritus, & caussæ exheredationis.

VIII. Parentes rite, & eodem ritu, quo liberi, exheredandi sunt. De eo nihil usquam nominatim traditum legimus: sed ex constitutione Iustiniani Novella, & re ipsa facile intelligi potest. Ille iubet exprimi caussas, cur parens exheredetur. *Novell. Ut cum de appel. cogn. §. iustum.* Hoc nihil aliud est, quam iubere, ut parentes nominatim exheredentur. Non enim potest parenti delictum aliquod obiici, nisi designetur persona, quæ deliquit. Hoc autem designare est nominatim exheredare. *§. nominatim, Instit. de exhered. lib. L.* 1. 2. 3. *in pr. D. de lib. & post.* Iam quod iubentur parentes exheredari, hoc ipso satis iubentur exheredari certo iudicio, nam aliter non possunt. Proinde & pure exheredari, non sub conditione. *L. sed sub conditione, D. de bon. poss. contr. tab.* Postremo & ipsum exheredationis nomen significat, summoveri eos debere ab hereditate tota, non parte eius. Nam & is heres est, qui heres est ex parte. Proinde frustra exheredentur ex re certa exemplo liberorum, *L. cum quidam, D. de lib. & post.* frustra, si non exheredentur a toto gradu, eodem exemplo liberorum. *L.* 3. *§. filius, D. eod.*

IX. In caussis exheredationis idem hic sequimur per omnia. Numerus, & ratio caussarum solum interest. Iustinianus in *d. §. iustum* vult, iustas, & certas caussas esse parentum exheredandorum, quas & illic eonstituit. Commune hoc cum exhere-

heredatione liberorum. Sed eas constituit nonnihil diversas, & eas numero tantum ad septem, 3 quæ inde petendæ sunt. Vult amplius idem, quod in liberis exheredandis, caussas adscribi testamento liberorum. Ut autem probentur ab herede, quod erat tertium in exheredatione liberorum, de eo nihil exprimit. Sed ex priore satis intelligitur, cum postulat, ut caussæ dicantur a liberis. Regula iuris perpetua est, ei qui dicit, incumbere probationem; non ei, qui negat: *L. 2. de probat.*

X. Si parentes neque instituti, neque exheredati erunt, idest, uno verbo, si erunt præteriti; aut si erunt exheredati, sed non rite (quod pro præteritione est), aut non iustis de caussis: testamentum liberorum irritum est: *d. Authentic. ex caussa, C. de liber. præter.* sed hoc modo irritum, ut rescindatur iure vetere. Ac rescindendi via una proposita parentibus sive præteritis, sive exheredatis, querela inofficiosi testamenti. Hanc solam competiisse parentibus exheredatis, constat. Nam & sola competebat rite exheredatis liberis. *L. non putavit, in princ.* & *§. non quævis, D. de bonor. possess. contr. tabul.* Non sic autem parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. *d. L. scripto, §. ultim. si tab. test. null. exst.* De præteritis parentibus dubitari potest, quoniam non semper præteritis liberis est inofficiosi testamenti querela ad rescindendum testamentum. Sed & hoc certum est, parentibus præteritis inofficiosi testamenti querelam fuisse, *L. cum filium, C. de inofficios. testament.* usque adeo: ut fuerit etiam ei patri, qui filium emancipasset, si esset testamento filii præteritus, ut diserte scriptum est in *L. pater, D. eod.* Dabatur & huic ex edicto bonorum possessio contra tabulas filii, ad exemplum patroni. *L. 1. D. si a parent. quis man. sit.* Unde intelligimus, utrunque remedium in parentis personam concurrere.

XI. Nec contrarium est, quod scribitur in *§. tam autem, Institut. de inofficios. testament.* eos, qui ad hereditatem defuncti totam, vel partem alio iure venire possunt, de inofficioso agere non posse. Hoc enim sic accipiendum est, si alio iure idem tribuente venire possint. Absurdum est enim ei, cui duo iura proposita sint, propter id, quod minus est, invideri, & auferri id, quod est plenius, & uberius. At bonorum possessio, quæ patrono competit adversus tabulas liberti, ad dimidiam partem olim; hodie ad tertiam tantum partem in bonis liberti obtinendam competit. *§. sed nostra,* versic. *sin autem sine, Institut. de success. libert.* Quo exemplo & ad eamdem quantitatem solum patri emancipatori adversus tabulas filii emancipati datur. *d. L. 1. D. si a par. quis man. sit.* Longe amplius interdum querela inofficiosi testamenti aufert. Hæc enim testamentum totum rescindit. *d. L. Papinianus, §. ultim. L. cum mater, D. de inoffic. testament.* Unde & parens ab intestato sæpe hereditatem totam obtinet, ut appareat, non semper bonorum possessionem hanc parenti idem tribuere, quod querelam.

XII. In hoc iure, atque hac ratione infirmandi testamenti liberorum ex caussa præteritionis, vel exheredationis nihil mutavit specialiter Novella constitutio Iustiniani: sed partim verbis, partim rationibus ad ius vetus accommodatis confirmavit, solum hoc nunc cavens, ut instituerentur parentes; &, si exheredarentur, id fieret caussis exheredationis adscriptis; & iis, quas ipse constituit. Etsi enim in principio *d. §. iustum* cavet, non licere liberis parentes præterire, aut immerentes exheredare: tamen, si contra fiat, pœnam constituit in *versiculo, Si autem hæc omnia,* non ut nullum sit testamentum: sed ut rescissum nullam vim habeat; & deinde in *§ hæc autem* (sequenti) utitur iisdem rationibus, quas in liberis ab illo reddi supra animadvertimus.

XIII. Pœnæ modus idem, qui supra, eadem Novella constitutus in *d. §. iustum,* versic. *Si autem hæc omnia,* ut ad institutiones duntaxat infirmetur testamentum: cætera firma maneant. *d. Auth. ex caussa, C. de lib. præter.*

3) Immo 8. quæ sequentibus versibus inclusa.

1. *Si capitis natum pater accusaverit d. Nov. 115. C. 4. §. 1. 2. Eius Aut vitæ insidias clamve, palamve struat.* d. C. 4. §. 2.
3. *Si vetuis cupidum secreta novissima mentis Prodere,* §. 4. 4. *Nec veritus sit temerare nurum* §. 3.
5. *Si pater, & genitrix tibi fano scelesta minentur.* §. 5. *Fulcra nec ad nati clausa furentis sunt.* §. 6.
7. *Filius auxilio si non patris hostica linquit Limina* §. 7. 8. *Si genitor Numen inane colat.* §. 8.

CAP. XV.

Fratrum institutio, aut exheredatio quorum, & ubi necessaria, ut testamentum valeat. His omissis, quam multis de caussis praeteritio ipsa fratrum testamento non noceat. Fratribus immerito praeteritis, vel exheredatis, qua via testamentum rescindatur, & quatenus.

Fratribus consagnineis aliquando datur querela inofficiosi testamenti: uterinis nunquam. I.
Frater ingratus praeteriri, & exheredari potest, nulla ingratitudinis caussa expressa. II.
Heres institutus si nullius notae macula adspergatur, fratrem submovet ab hereditate fratris etiam non ingratum: si adspergatur, non submovet, nisi vel ille ingratus fuerit. III. seqq.
Vel servus necessarius & solus heres institutus, VII.
Vel frater eadem, aut maiori infamia laboret. VIII.
Frater inofficiosum testamentum dicere non potest, si quid ei frater quovis titulo reliquerit. Quanta sit in fratribus portio legitima. IX.
Quando frater adversus testamentum fratris de inofficioso agere possit. Quid infamiae, turpitudinis, & levis notae *macula. Exponitur* L. fratres, 27. C. de inoff. test. X.

I. HAEc de liberis, & parentibus heredibus instituendis, aut exheredandis. Diversa caussa fratrum. Primum fratres uterini impune praetereuntur testamento fratrum, ut est in *L. fratres, C. de inoff. test.* Solis consanguineis [1] eadem lege tributum, ut praeteriti aliquando de inofficioso testamento fratris queri possint. Sed & hi in hac re longe dissimili in caussa sunt a liberis, & parentibus. Liberos a successione parentum nulla res excludit, nisi iusta exheredatio. Sed nec parentes a successione liberorum, ut ex superioribus intellectum est; cum, his praeteritis, aut immerito exheredatis, pariter irritum fit testamentum, etsi in ratione infirmandi testamenti nonnulla varietas est. At fratres a successione fratrum testantium quinque genera caussarum longe dissimilium removent; sitque totidem modis, ut, uno aliquo genere ex his interveniente, fratres non turbent testamenta fratrum.

II. Primum fratrem praeteritum, aut exheredatum removet huius ipsius ingratitudo, In quo ingratitudinis caussae certae, & hae tres numero constitutae in *Novell. de nupt. §. ingratitudinem.* Sed & hic diligenter animadvertendum, in his caussis notandis non idem exigi a fratre, qui testamentum facit; quod a parentibus exheredantibus liberos; aut a liberis exheredantibus parentes. Nam ab utrisque horum exigitur non solum ut iustas exheredationis caussas habeant, sed etiam ut eas nominatim inserant testamento, ut ante diximus. Hoc posterius non exigitur a fratre, qui testatur. Frater ingratum fratrem non solum exheredat impune, caussa ingratitudinis nulla adscripta; sed etiam impune omnino praeterit. Satis est quandoque dici ab herede, fratrem praeteritum ingratum fuisse ex iis caussis, quae sunt in *d. §. ingratitudinem*; satis, eas caussas allegari ab herede, & probari, etiamsi a testatore fratri obiectae non sint. Id autem sic intelligimus. Scimus enim, iure vetere non fuisse necesse caussas exheredationis adiici testamento, ne adversus liberos quidem, cum constet, etiam postumos, & infantes ita exheredari potuisse; ut exheredatis sola inofficiosi querela competeret. *L. postumus, D. de inoff. testam. §. tum autem, Instit. eod.* Multo igitur minus necesse fuit exprimi adversus fratres. Atqui hoc ius non mutat Iustinianus in *Novell. Ut cum de appell. cogn.* in qua de officio parentum erga liberos, & de liberorum erga parentes tantum cavet. Ne id quidem mutat in *d. Novell. de nuptiis, §. ingratitudinem*, ubi ex professo de iis caussis ingra-

[1]) Id est, qui vel ἀμφιθαλεῖς; ex utroque parente coniuncti, qui & Germani, a germine quod ex eadem stirpe geniti, Nicol. Perottus *Cornucop. in 3. Martial. epigr. f. m.* 330.) vel si ἑτεροθαλεῖς, altero parente, qui ex eodem patre Chiflet. *de Portion. legit. Cap.* 11. qui fratres patrueles *in L. 1. de parricid.* vid. Cuiac. 6. *Obs.* 17. & 11. *Obs.* 26. & 15, *Observ.* 36. Hotom. 6. *Obs.* 10. Raevar. 5. *Var.* 1.

gratitudinis agit, propter quas vult, fratrem removeri posse. Non enim exigit, ut caussæ adscribantur in testamento; solum ingratitudinem exigit. Quamobrem & ius antiquum in eo maoere oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appellat.*

III. Secunda caussa ad removendum fratrem etiam sine ingratitudine per se sola idonea est, si dici possit, testamento fratris alium institutum heredem virum honestum, nec ulla vel levis notæ macula contaminatum. Nam in *L. fratres, C. de inoff. testam.* ita cautum est, consanguineos contra testamentum fratris sui de inofficioso quæstionem movere posse, si scripti heredes vel levis notæ macula adspergantur. Ergo, si qui tales instituti sint, qui non adspergantur: recte colligemus, etiam sine alia caussa, ac proinde etiam sine ulla fratris ingratitudine cessare de inofficioso quæstionem, ut fit, quoties sub conditione quid cavetur; & conditione deficiente, ius cessare, colligimus. *L.* 1. verf. *huius, D. de off. eius L. si procuratorem, §. si ignorantes*, iuncto *§. igitur, seq. D. mand.*

IV. Neque huic sententiæ adversatur, quod Iustinianus postea constituit certas causas ingratitudinis, ex quibus fratrem removeri placeret. *d. §. ingratitudinem, Nov. de nupt.* Aliud est enim ex his caussis fratrem removeri posse: aliud ex his solis, ut & cæteræ excludantur. Quod posterius a Iustiniano constitutum non est. Poterit ergo frater ex caussa ingratitudinis removeri: sed poterit etiam ex aliis, si quæ forte vel ante, vel postea constitutæ fuerint. Neque enim una caussa, etiam postea constituta, alias iure constitutas tollit, cum nihil prohibeat plures esse caussas diversas alicuius removendi. Meminerimus, leges posteriores non modo non abrogare priores; sed etiam ad priores pertinere, nisi sint contrariæ. *L. sed & posteriores, D. de legib.*

V. Quorsum igitur, dixerit aliquis, ingratitudinis caussas constitutas esse ad fratrem removendum, si & sine ingratitudine frater removeri potest honesta persona herede instituta? Quia potest turpis institui. Qua instituta, fratri præterito querela dabitur, nisi eum aliæ caussæ removeant. Hic vero opportune obiicietur fratri ingratitudo, qua probata, frater non admittetur, quantumcunque turpis persona instituta sit.

VI. Nec obstabit *L. fratres, C. de inoff. test.* quæ fratri querelam dat inofficiosi testamenti, turpibus personis heredibus institutis. Hoc enim cum hac exceptione accipiendum est, nisi sit frater ingratus, quod a Iustiniano postea aut inductum, aut certius inductum est. Sic fiet, ut priores leges ad posteriores trahantur, ab his interpretationem acceptura, ut iure præcipitur. *L. non est novum, L. ideo. seq. D. de legib.* Denique hoc ipsum dictat regula iuris, in toto iure generi per speciem derogari. *L. in toto iure, D. de reg. iur.*

VII. Tertia caussa removendi fratris est etiam tunc, cum turpis persona instituta est, si sit servus defuncti, idemque ita institutus, ut sit domino heres solus, & necessarius. *d. L. fratres, in fin. C. de inoff. test.*

VIII. Quarta caussa fratrem summovet, quamvis nec ingratum, & turpi, nec necessario herede instituto, si fratri obiici possit, hunc cum herede instituto eadem turpitudine, aut maiore laborare. Non enim ius concedit cuiquam eos mores in alio accusare, quos in se approbarit, ut si, infami persona herede instituta, sit & ipse frater eodem modo infamis. *L. in arenam, C. de inoff. test. L. cum mulier, D. sol. matr.*

IX. Postremo, ut sit vir honestus, nec ingratus frater; ut turpis persona sit instituta, omnem querelam fratris excludit, si quid ei relictum sit testamento fratris, quocunque titulo relictum proponatur. Nam, si fratri legitima portio tota relicta est, sine controversia frater secure testatur. Hoc enim olim ius erat, ut ad omnem inofficiosi testamenti querelam excludendam sufficeret portio legitima, sive iure hereditario, sive iure legati, vel fideicommissi, vel donationis mortis caussa data esset, vel etiam inter vivos. *§. ultim. Instit. de inoffic. testam. L. Papinianus, §. si quis mortis, Instit. eod.* Hoc ius mutatum a Iustiniano in parentibus, & liberis, qui ab his exegit, ut parentes liberos suos, liberi parentes instituerent. *Novell. Ut cum de app. cogn. §. aliud quoque, §. iustum, & §. hæc autem.* In fratribus ea constitutione nihil innovatum. Unde & in his ius superius manere, intelligendum est. *d. L. præcipimus, in fin. C. de app.* Quod si fratri tota legitima relicta non sit: olim de inofficioso agi posset: *d. L. Papinianus, §. si quis mortis, §. quoniam, D. de inoffic. testamen.* hodie valet nihilominus testamentum ex constitutione Iustiniani; & agitur ad supplendum id, quod deest legitimæ. *L. omnimodo, C. de inoffic. testamen.* Est autem & in fratribus legitima portio, seu portio his lege debita, olim quarta eius, quod

quod frater, intestato fratre, habiturus esset in bonis defuncti: *d. L. Papinianus, §. si quis mortis. eod.* Nunc triens, constituta generaliter a Instiniano omnibus, qui de inofficioso queri possunt. *Novell. de trient. & semiss.* §. 1. Quod si nihil istorum erit, quod fratrem removeat: potest is præteritus, aut immerito exheredatus de testamento fratris queri. Qua querela perlata testamentum rescindetur.

X. Et in summa, si quæritur, quando frater contra testamentum fratris admittatur, ita definiemus: sic eum admitti, si, cum esset consanguineus, non turpis, nec ingratus adversus fratrem, silentio præteritus sit a fratre, aut nullis iustis de caussis exheres esse iussus, turpi persona, nec necessaria, instituta. *Si consanguineus.* Uterini fratrum testamenta non turbant. *Non turpis.* Turpem heredem institutum non iuste repulerit frater, qui eadem turpitudine laboret. *Non ingratus.* Ingratitudinis caussæ superiores quosvis fratres excludunt. *Turpi persona herede instituta*: ut intelligatur, quamvis cætera concurrant, non tamen prius fratrem testamentum fratris infirmare posse: quam si hoc accesserit, ut turpis persona esset heredis instituti. *d. L. fratres, Cod. de inoffic. testament.* Ubi *turpem* intelligi volumus, qualis describitur in *d. L. fratres,* quæ vel *infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergatur. Infamiæ macula* est in iis, qui iure notantur infamia ex iis caussis, quales comprehensæ sunt edicto in *L. 1. D. de his, qui not. infam. Turpitudinis macula* sine infamia iuris est in iis, qui ob delictum plectuntur extra eas caussas, quæ iure infamiam irrogant, veluti si quis aliis de caussis relegetur; si ordine moveatur; si cædatur fustibus. *L. cognitionum.* versic. *minuitur, D. de extr. cogn. L. capitalium, in princip. D. de pœn.* Hic dicimus turpitudinem esse sine infamia, quia neque ictus fustium, neque ulla alia pœna infamiam importat; sed caussa, propter quam quis plectitur, si ea fuit, quæ damnato infamiam irroget. *L. ictus, D. de his, qui not. infam.* Turpe tamen, & non minus hominum opinione probrosum has pœnas ob delictum pati. *Levis notæ macula* est in iis, a quibus infamia iuris, & pœna abest; qui tamen ea admiserunt, ex quibus vel in ipsis, si damnarentur, vel in aliis infamia sequeretur. Ut puta, furti, aut vi bonorum raptorum damnatus, infamis est. *L. 1.* versic. *qui furti, D. de his, qui not. infam.* Dicemus, eum, qui hæc admiserit, etiamsi damnatus non sit, apud bonos, & graves viros notatum esse. Neque enim damnatio ad delictum quidquam adiicit. Sed etsi quis damnetur de dolo, & fraude suo nomine, infamis est: si per procuratorem, verbis edicti infamis non habetur. *L. furti, §. 1. de his, qui not. infam.* Enimvero, si rem spectamus, procuratoris actio infamiam delicti non mutat. Ideo *recte* Iulianus, licet verbis edicti non sint infames ita condemnati; re tamen ipsa, & opinione hominum [2] non effugere eos, ait, infamiæ notam. *L. 2. D. de obsequ.* In hoc numero habentur nominatim in *d. L. fratres, C. de inoffic. testam.* liberti a fratre heredes instituti, qui, ut lex loquitur, *perperam, & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti* sunt, id est, qui perperam, nec bene meriti sunt de patrono suo, quique non sunt eum prosecuti maximis beneficiis, cum possent. In summa male meriti liberti de patronis, etsi ea non admiserunt, propter quæ ingrati iudicari debeant, & in servitutem redigi iuxta *L. 2. 3. 4. Cod. de libert. & eor. lib.* In quo inest non infamia iuris, non turpitudo infamiæ proxima; sed tamen levis saltem nota ingratitudinis indigna viro bono. Adieci, *non necessario herede instituto*, quia & hoc nominatim excipitur in *d. L. fratres*; ut quamvis proponas, servum esse scenicum, aut arenarium: tamen, eo instituto ita, ut sit heres necessarius, frater excludatur. Cum superiora concurrent, admittitur frater adversus testamentum fratris, & rescinditur testamentum. Proposita ad eam rem fratri querela inofficiosi testamenti, sive præteritus erit, sive non iustis de caussis exheredatus. *d. L. fratres, L. 1. D. eod.*

XI.

2) An & spurii? Hos infamia facti non laborare contendunt. Hartm. Pist. *Lib. 1. Quæst. 30. num. 26. & seqq.* Toming. *Decis. 48. n. 26. & seqq.* Cuius rationes hæ. 1. Recte facta honore, prave ignominia digna: quæ videlicet in nostra potestate. In spurii potestate non est ut sic nascatur. Ergo nativitas vitio ei verti nequit, non magis quam muto, cæco, &c. 2. Infamia est pœna, cui sine culpa locus nullus. 3. Quia ab ipsis incunabulis infames essent, & punirentur spurii, quoad LL. crudele videtur *L. 32. §. 1. C. de inoff.* 4. Patris delictum filio pœnæ esse non debet, text. vulgatis. 5. Spurii quoad naturam a legitimis non differunt *Nov. 89.* 6. Boni viri spurius vitio non dant, in quo nulla eorum culpa: Imperitæ autem plebeculæ iudicium insuper habendum. 7. Nunquam locus pœnæ nisi LL. diserte sanciatur. 8. Spurii ad honorem decurionum vehi possunt *L. 3. §. 2. L. 6. pr. de decurion.* Contra post alios P. Heig. *P. 1. Q. 21.* Quidam distinguunt inter spurium vitæ probatæ, & minus probatæ Alvar. Valasc. *Tomo 1. Consult. 47.* Utut sit, negari non poterit, saltem levis notæ maculam his ipsis adhærere, quæ non quidem ex facto aliquo sic nascentium, ceu pœna, sed ex vitio ac defectu natalium, quem ut Plutar. *de Ingen. Lib. educ.* per omnem vitam opprobria comitantur, quæ elui nullo modo possint. Unde animi spiritus ponere, & humi repere solent.

XI. Vis huius rescissionis eadem, quam in superioribus personis ex iisdem caussis esse diximus, ut scilicet ex caussa praeteritionis, aut iniustae exheredationis fratris rescisso testamento, institutiones tantum irritae sint; caetera testamento cauta firma maneant. Nihil quidem nominatim de eo cautum in testamento fratrum *Novell. Ut cum de app cogn.* Tantum ius constitutum est de testamentis parentum, & liberorum, si ex superioribus caussis irrita sint. Sed quod adversus horum testamenta ex superioribus caussis valet; multo 3 magis ex iisdem caussis adversus testamenta fratrum servandum est. Multo enim maior, & arctior coniunctio est, quae filios ad successionem parentum, parentes ad successionem liberorum admittat: quam quae fratres ad successionem fratrum. Quod si illa non tanti est, quin, ex caussa praeteritionis, vel exheredationis rescisso testamento, legata, & fideicommissa debeantur: multo minus inter fratres tantum valere debebit, ut penitus rescindat testamentum; nec legata, & caetera ex eo testamento valeant. Ita est iuris regula, & aequitas, ut in quibus eadem, aut minor coniunctionis ad successionem ratio est: in his idem statui oporteat. *L. illud, D. ad Leg. Aquil.*

3) Diss. cum communi Vasq. *Lib. 1. de Success. Creat.* §. 10. n. 581. *& seq.* quia in correctionis extensio nec ex maioritate rationis facienda, &c. & Claud. de Battand. *Tr. Legitima C.* 9. n. 12. quibus occurrit Antoq. Cucch. *Tr. de Legitima* §. *Quaeri etiam potest ult.* n. 8.

C A P. XVI.

Quibus modis testamenta infirmentur.

Nexus rerum, & ordinis ratio. I.
Testamenta infirmantur vel testatore volente, vel invito. II.
- *Volente testatore infirmantur vel mutatis, vel integris tabulis testamenti.* III.
- *Mutatis testamenti tabulis, si voluntate testatoris rumpantur, resignentur, vel deleantur.* IV.
- *Integris, posteriori testamento, aut legitima revocatione.* V.
- *Posteriori testamento scilicet perfecto: interdum & imperfecto, & quando.* VI. seqq.
- *Non tamen aliis eiusdem testamenti tabulis postea confectis.* XIII.
- *Quomodo revocatione testamenti.* XIV.

Testatore invito, infirmatur testamentum vel interno ipsius testamenti vitio, vel casu externo. XV.
- *Vitium internum praeteritio, vel iniusta exheredatio.* XVI.
- *Vitio interno testamentum vel rumpitur ipso iure, vel rescinditur.* XVII.
- *Rumpitur ipso iure agnatione, vel quasi agnatione sui heredis.* XVIII.
- *Rescinditur bonorum possessione contra tabulas, & inofficiosi testamenti querela. Quibus utraque detur, & quo effectu.* XIX.

Quid intersit, nullum sit ipso iure testamentum, an rescindatur. XX.
Casu externo infirmatur testamentum, quod irritum fit capitis diminutione testatoris, vel defectu heredis. XXI.
Testamentum irritum fit quacunque capitis diminutione. XXII.
- *Excipitur testamentum captivi, & quare* XXIII.
- *Media.* XXV.
- *Minima.* XXVI.
- *Quare* XXVII. XXIX.

An testamentum capitali iudicio damnati valeat post Nov. 134. Cap. ult. XXVIII.
Testamentum filiifamilias de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus irritum non fit emancipatione. XXX.
Testamentum eius, qui in reatu mortem sibi conscivit, irritum fit. XXXI.
Nec furore, neque alio vitio, aut conditionis mutatione testatori superveniente, nisi capitis diminutione, irritum fit testamentum. XXXII.
Irritum fit testamentum, si nullus ex eo heres existat. XXXIII.
Testamenta interdum convalescunt maxime irrita facta. XXXIV.
Quando convalescat testamentum militis damnati. XXXV.
Testamenta irrita quatenus convalescant pristini status restitutione. XXXVI. seqq.
Quando convalescat testamentum ruptum. XLII.

I. Quae de persona testantis, de testandi modo, de rebus, quas testamento caveri oporteat, hucusque diximus: omnia ad vim testamenti statuendam

dam spectant, seu ut efficiatur iustum testamentum id, de quo quærimus. Quod & ipsum ad potestatem deferendæ hereditatis refertur, de qua potestate instituta nobis oratio est ex hoc initio. Potuimus enim supra, hereditatem defuncti ad nos non pertinere, nisi delatam; non deferri, nisi ab eo, cui deferendi potestas est; deferendi potestatem sic esse in his, de quorum bonis agitur, ut directo hanc deferre non possint, nisi testamento; nec quovis testamento, sed tantum iusto; iustum ab initio fieri, in quo tria hæc recte concurrant, persona testantis, testandi modus, res, quas testamento adiici, ius iubet. Atque ea sunt, quæ ad vim testamenti pertinentia hactenus exposuimus. Ex quibus intelligitur, si ex his, quæ in unoquoque genere exegimus, quid desit; iustum testamentum non esse; non id, ex quo ad institutos heredes venire possit hereditas. Sin concurrant ab initio omnia: iure hoc evenire, ut ab initio testamentum consistat. Nondum tamen per omnia iustum id, ex quo deferri possit hereditas. Non sat est ab initio iure vadere, nisi & tale ad extremum perseveret. Multis autem modis iure fit, ut infirmetur; totidemque accidit, ut, quemadmodum iustum testamentum non est, sic nec possit ex eo deferri hereditas. Quare ad quæstionem iusti testamenti, itemque ad potestatem deferendæ testamento hereditatis omnino pertinet hoc loco ordine quæri, quibus modis testamenta infirmentur, quoniam, si quid ex his incidit, testamentum iustum non est: si nihil incidit, iustum efficitur omni ex parte, id, quod quærimus ad potestatem hereditatis deferendæ. Ideo hic ordo, atque contextus rerum ad vim testamenti recte observatus est in Pandectis, ubi hos Titulos continenter observare possumus, primum, *Qui testamenta facere possint, & quemadmodum testamenta fiant*, in quo est de testantis persona, & testandi modo: alterum *de liberis, & postumis heredibus instituendis*, in quo pars est eorum, quæ testamento caveri oportet: tertium *de iniusto, rupto, & irrito facto testamento*, quibus in rebus consistunt modi testamentorum infirmandorum: quartum *de his, quæ in testamento delentur*, quo loco continetur huius infirmationis species. Quo ordine & ductu naturæ admoniti, idem hic sequi instituimus. In his modis multa genera prætermissa sunt iis Titulis, quibus hoc argumentum nobis traditum est ex veterum divisione, cum in Institutionibus sub Tit. *Quib. mod. test. inf.* tum in Pandectis Tit. *de iniust. rupt. & irr. fact. test.* credo, dum veteres sibi propositum habent eos modos persequi, quibus iure ipso, & civili, manentibus integris tabulis, testamentum irritum fit. Nos genera omnia, quibus testamenta infirmantur, uno in loco, & semel complecti, melius, & ad absolvendum id, quod instituitur, aptius putamus. Quod ut consequi liceat, divisione ad eam rem quam fieri poterit, accommodatissima utemur.

II. Testamentum iure ab initio ita factum, ut consistat, eventu [1] infirmari potest. Infirmandi ratio summa duplex. Nam & volente testatore infirmari potest, & potest invito. Utrunque genus eiusmodi quorum unumquodque cum propriis, & distinctis modis efficiatur: diligenter unum ab altero distinguendum, & separatim tractandum sit.

III. In voluntate testatoris hoc primum statuendum est: voluntate testatoris nuda [2] nunquam testamentum infirmari, quantumvis ille testato dixerit, se testamentum, quod fecit, valere nolle. *§. ex eo autem, Inst. quib. mod. test. inf.* Idque consentaneum est regulæ iuris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iisdem & solvi in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, L. fere, D. de reg. iur.* Nuda voluntate non constituitur testamentum. *§. ult. Inst. quibus mod. test. inf.* Proinde nec nuda voluntate tolletur. Non adversatur, quod dicitur, ambulatoriam esse voluntatem defuncti usque ad vitæ supremum exitum. *L. 4. D. de ad. leg.* Sane enim ambulatoria est, ut possit quovis tempore prior voluntas a testatore revocari, ut mox dicetur: sed, dum revocetur legitime, id est quomodo iure oportet. Nam quod secus fit, pro infecto est. *L. quoties, D. qui sat. cog.* Tunc voluntate contraria infringitur testamentum, cum ad voluntatem, quod satis sit, accesserit. Hoc modo testamentum abscindi potest & mu-

1) Cuiac. *in L. 1. hoc tit.* Vitia, ait, testamentorum 4. *Non iure factum*, cui solemnia desunt: *Nullum*, ob præteritionem sui; *Ruptum*, agnatione; *&* *irritum*, capitis deminutione; defectu heredis; tempore. Idem 3. *ad Afric. in L. 6. de fals.* addit, *imperfectum*, quod non est signatum septem testium signis, *d. L. 6. de fals. L. 21. in fin. pr. Cod. de Testam.* Interdum tamen, *imperfectum*, generatim pro quovis vitioso *L. 1. §. 5. de tabb. exhib. L. 12. §. 1. contra tabb.*

2) Frustra enim requireretur in conficiendis testamentis tanta solemnitas, si duobus testibus mutatio voluntatis probari posset. Vid. Moller. 3. *Semestr.* 22. Fachin. 4. *Controv.* 8. Diss. Connan. 9. *Comm.* 3. *n.* 3. *&* 4.

& mutatis tabulis testamenti, & his integris manentibus.

IV. Mutatis 3 tabulis, seu mutato instrumento testamenti, testamentum tollitur tribus modis: rescissione tabularum, resignatione, deletione. Rescissione, si testator tabulas ipsas incidit, rupit, fregit. *L. pen. C. de testam. L. pen. §. ult. D. de bon. poss. secund. tab. L. 1. §. sed consulto, D. de iis, quae in test. del. L. ult. D. de inist. rupt.* Resignatione, si testator testamentum resignavit, id est signa amovit, aut turbavit, quantumvis per se conatus sit reponere postea. *d. L. penult. C. de testam. L. si testamentum, L. ad testium, §. si signa, D. qui testament. fac. poss.* Deletione, si ipse testamentum induxit aut obliterando scripturam, aut 4 cancellando, id est ductis lineis in formam cancellorum inducendo. *d. L. 1. §. sed consulto, L. 2. in princip. de his, quae in testament. del. L. 1. §. si heres, D. si tab. testam. null. exst.* Quippe his modis naturaliter testamentum tollitur, sublatis iis rebus, quibus stabat, materia, signis testium, & scriptura, & iuxta regulam, rebus in contrarium actis. *d. L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Sed haec, inquam, ita, si testator fecit, aut voluntate eius alius. Si quid horum casu contigerit, vel ignorante, vel invito testatore; non eo minus ratum manet testamentum, & heredes ad hereditatem vocantur. *d. L. pen. C. de testam. L. 1. §. sed consulto, D. de his, quae in test. del.*

V. Integris tabulis testamenti manentibus testamentum voluntate testatoris tollitur aut alio testamento 5 postea facto: aut simplici quidem revocatione voluntatis; sed quam idonea testatio, & diuturna in ea revocatione permansio confirmavit.

VI. Alio testamento postea facto prius tollitur, &, ut est verbum iuris in hac specie usitatum, rumpitur, si posterius iure perfectum sit. *L. 1. L. 2. D. de iniust. rupt.* Sic enim fit, ut voluntas prior voluntate contraria, & in contrarium acta tollatur ex eadem regula. Iure perfectum intelligitur, in quo ita heres scriptus est, ut aliquo casu possit exsistere heres. *L. 1. D. eod.* Idque etiam si casu non exstiterit. Quod quale sit, declaratur in *§. posteriore, & seq. Inst. quib. mod. test. inf.*

VII. Imperfecto testamento posteriore prius non tollitur, *§. ex eo autem Inst. eod.* quoniam imperfectum iure non magis valet, quam si testamentum non esset, *L. hac consultissima, §. ex imperfecto, L. 3. C. de testam.* Quod tamen non est perpetuum. Interdum posteriore testamento imperfecto, prius, etiam quod iure valet, rumpitur. Quod vel propter prius testamentum contingit, vel solum propter posterius.

VIII. Propter prius, si & ipsum imperfectum est. Imperfectum prius, quamvis iure singulari valeat, imperfecto quovis posteriore, etiam quod nullo iure valuit, tollitur. Ut puta: militia miles testamentum facere coepit, neque perficere potuit. Id non valere, constat. *§. sed hactenus, Inst. de exh. lib. d. L. 3. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Placet tamen, illo modo solutum esse testamentum, quod idem prius in militia fecerat, si iure tantum militiae fuit scriptum. *L. eius, §. 1. D. de test. mil.* Atqui prius illud optimo iure valuit. *L. 1. D. eod.* Sed nihilominus fuit imperfectum, alioqui non fuisset opus id confirmari privilegio, quod tamen hic, & singulare datum est. *§. plane, Inst. eod. L. 2. D. eod.* Imperfectum imperfecto facilius tollitur, nempe re simili acta in contrarium.

IX. Exceptum est Novella constitutione Iustiniani testamentum patris factum inter liberos. Id, licet imperfectum, non minus valet, quam quod factum est iure militari. *d. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Sed non similiter alio testamento imperfecto patris tolli placet

3) Duaren. *ad h. Tit. D. Cap. 9.* distinguit: Si in ipsa confectione, antequam perficiatur testamentum, quid deletur consulto, pro non scripto est; sin inconsulto, valet si legi potest *L. 1. pr. §. 9. & 2. de his qui inest. del.* Sin post perfectum elogium consulto quid inductum vel cancellatum, tum qui ea eo petit, repellitur exceptione *d. L. 9. §. 3.* vid. & Dauth. *ad L. 21. loc. cit. n. 15. & seqq.*

4) In dubio vero si apud testatorem sit testamentum, cancellatio ab eo facta praesumitur. Si autem apud alium, ab eo apud quem, per *L. maiorem 44.* ubi *Gl. Cod. de fals.* Tutius autem si testator, ut omnis tollatur praesumptio, in fine testamenti scribat, se lituras fecisse *L. 1. §. 9. de his qua in test. de L.* Loniott. *de Iur. arte Tr. 92. Tit. 3. de his, qua in testam. del. Axiom. 3.*

5) Quid si iuraverit, se nolle prius testamentum revocare? Non obstat; vid. Fachin. 4. *Controv* 8. Catell. Cotta *in Memorab. v. testatorum*, Cl. de Battand. *Tr. Legitima in praefat. n. 10.* A. Fab. 14. *de Err. Pragmat. 2.* Vasq. *Lib. 1. de Success. resolut. §. 1. n. 11.* Io. Dauth. *de testam. n. 89. & seq.* Potest autem & scriptum testamentum Nuncupativo, & Nuncupativum solemni scriptura revocari, vid. Gaed. *ad L. 64. de V. S. n. 9. & 10.* Quid si quis prioris testamenti oblitus, aliud condat? Quaerit Modest. Pist. *P. 1. Q. 17.* nec decidit. Recte autem puto, aff. hac. Schult. *in Additionib. ibid.* quia licet, scivisset: tamen id ei impedimento esse non potuit; nec sibi legem quis dicere potest, a qua non recedat *L. 22. de Leg. 3. &c.* Dissent. A. Fab. 68. *de Err. Pragm. 2.* Et credibile est, quod si recordatus esset prioris voluntatis, illam revocaturus fuisset.

placet: verum eo tantum, quod iure perfectum sit. *Auth. hoc inter, C. de testam.* Favore id quidem liberorum, ne quid videlicet pater adversus liberos recenti voluntate, nisi perpenso iudicio, durius statuat, eis adimendo, quod prius dederat.

X. Propter imperfectum testamentum posterius tollitur prius, cum prius iure communi perfectum est, & caussa infirmandi prioris solum est in posteriore, quamvis imperfecto. Quod interdum contingit. Id autem, ut præstet posterius, duobus generibus posteriorum testamentorum tributum est. Unum est eorum, quæ, etsi imperfecta sint, iure tamen valent: alterum eorum, in quibus scripti sunt heredes, qui ab intestato quoque vocabantur.

XI. Si posterius testamentum ita imperfectum sit, ut nihilominus valeat, ut fit, cum valet iure singulari: etiam eo prius, quamvis perfectum, rescinditur. Idque est, quod placet, prius testamentum rumpi, si vel posterius iure militari factum sit. *L. 2. D. de iniust. rupt. L. eius, §. ultim. D. de testam. mil.* Et recte. Satis enim iure habetur pro perfecto, quod iure æque, ac perfectum, valet. Proinde idem dicemus, etsi pater, qui testamentum prius iure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos: rescindi nimirum & hic prius testamentum, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, quia & ipsum iure valeat non minus, quam quod factum est ex privilegio militum. *D. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testament.*

XII. Sed etsi posterius testamentum iure non valeat, si tamen eo scriptus sit heres, qui ab intestato venire potest: scriptum est in *L. 2. D. de iniust. rupt.* etiam hoc non perfecto superius rumpi. Sed adiiciemus duas has conditiones ex *d. L. hac consultissima, §. si quis autem, Cod. de testament.* Si modo & priore testamento ii scripti sint, qui ab intestato non vocabantur; & in posteriore intervenerint non minus, quam quinque testes, qui postea iurati testimonium dicent. Plus videlicet tribuitur his heredibus, in quos duplicia iura concurrunt, & voluntatis testatoris, & proximitatis sanguinis. Sed vis posterioris huius testamenti hic notanda, quod & supra monuimus in modo testandi. Cavetur enim superiore constitutione, hactenus valere posteriorem istam scripturam, ut infirmetur prius testamentum. Cæterum secunda voluntas non quasi testamentum, sed quasi voluntas intestati, valeat. Quod eo pertinere ibidem admonui, ut intelligatur, hereditatem ex eo testamento non deferri: ideo, si alii heredes eo testamento instituti sint, pro non institutis habendos, quoniam hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest. *§. codicillis, Inst. de codicill.*

XIII. Meminerimus autem, quocunque modo ex his testamentum prius factum testamento posteriore rescindi dicimus, hoc dicere nos, testamentum prius alio testamento rumpi, ut est in *L. 1. D. de iniust. rupt.* Recte alio. Nam, si quis eiusdem testamenti alias tabulas, seu alia instrumenta postea conficienda curaverit, iisdem solemnibus iuris adhibitis: & priores scripturæ, & posteriores valent; quoniam unius testamenti plura exempla sunt; non alia atque alia testamenta. Et sæpe pluribus instrumentis ita scriptum testamentum habere expedit vel ut peregre proficiscens aliud tecum feras, alia domi relinquas: vel ut, cum pluribus locis disposita erunt, facilius consistere possit testamentum adversus futuros casus, quia non omnia exempla eodem casu perire possunt. *L. unum, D. qui test. fac. poss. §. pen. Inst. de test. ord.*

XIV. Etiam sine alio testamento posteriore, sola voluntatis revocatione prius testamentum rumpi placet: sed si hæc concurrant, ut [6] & testator coram testibus non minus, quam tribus, aut apud acta alicuius iudicis testatus sit, se nolle, testamentum quod fecit, valere; & ex illo decennium intercesserit, ut voluntas posterior & testatione idonea, & tam longo tempore confirmetur. Effectum hoc constitutione Iustiniani *L. sancimus, C. de testam.*

XV. His ergo modis, si quis testamentum valere non vult, quod prius fecerat, ab eo recedere, & id rescindere potest; non aliter. Sed potest, & invito testatore, testamentum eius infirmari. Quod ut fiat, duarum caussarum accidit ex altera: aut vitio interno ipsius testamenti, aut externo aliquo casu heredem testatori auferente sine ullo vitio testamenti.

XVI. Vitium testamenti interius huius ipsius testamenti rescissionem adferens est

6) Requiruntur hæc duo coniunctim Duar. *ad Tit. D. de testam. C. ult. f.* 333. Cuiac. tamen *in L. 1. h. t.* olim decennio solo irritum fuisse testamentum *ex L. 6. C. Th. de test.* De computatione huius decennii dissensio est, de qua vid. P. Greg. 44. *Synt.* 1. *n.* 7. Don. noster *ad d. L.* 27. *C. h. t.* vid. & Vasq. *Li.* 1. *de Success. resolut.* §. 2. Dauch. *ad L.* 21. *h. t. n.* 11.

est præteritio, vel immerita exheredatio eorum, qui iure institui, aut iuste exheredari debuerunt; vel quibus quid debuit aliter relinqui. Quo in genere, qui heredes præteriri non debeant, aut debeant iure exheredari; quæque sit, his præteritis, vel iniuste exheredatis, ad infirmandum testamentum pœna, satis supra separatim diximus, cum in liberis defuncti primum, tum deinde in parentibus, tertio loco in fratribus. Tantum quod necesse sit de his loco moneri, id breviter adiiciam, quia pertineat scilicet & ad comprehensionem certiorem, connexionemque eorum modorum, quibus testamenta infirmantur, quos nunc omnes complecti, & uno loco proponere instituimus: pertineat etiam ad intelligenda ea, quæ de hac specie infirmandi testamenti tradita sunt a veteribus in hoc argumento.

XVII. Quod igitur animadvertere liceat ex his, quæ de præteritionis, vel iniustæ exheredationis pœna in singulis personis superioribus diximus, universa ratio infirmandi ex his vitiis testamenti redit ad hanc summam: ut ex his caussis testamentum partim rumpatur ipso iure; partim præteritorum, aut exheredatorum facto rescindatur.

XVIII. Rumpitur ipso iure in solis liberis suis heredibus. Contingitque id dupliciter: aut agnatione sui heredis, aut quasi agnatione. *L. 1. D. de iniust. rupt. Inst. quib. mod. testam. inf.* Agnatio est, cum is ex liberis, qui nondum natus erat, cum testamentum fit, qui si nasceretur, suus heres nasciturus esset, præteritus est testamento; deinde nascitur vel vivo testatore, vel mortuo, puta [7] filius postumus, aut [8] postumus nepos, cuius pater iam ante obierat. Sic enim ille patri, hic avo agnascitur suus heres. *§. postumi, Inst. de exh. lib. L. 3. 4. 5. D. de iniust. rupt.* Unde *agnasci* dictus eo, quod ad familiam, id est iuxta familiam, seu iuxta eos, qui sunt in eiusdem patris familia, & potestate, nascitur. Quasi agnatio sui heredis aut successione in locum priorum suorum heredum contingit, aut [9] adoptione. Successione, cum nepos tempore testamenti aviti iam natus, idemque subiectus potestati avitæ, quem tamen pater (& ipse filiusfamilias) eodem tempore gradu præcedit, præteritus est testamento avi; deinde, vivo avo, filius moritur. Filio namque ita mortuo, nepos quidem non nascitur avo, utpote iam ante natus: sed succedens in locum filii sui heredis ex lege Velleia, efficitur avo suus heres quasi illi recens natus, & simul rumpit testamentum. *L. postumorum, D. de iniust. rupt. §. postumorum, Inst. de exh. lib.* Adoptione, cum testator post testamentum factum, aliquem sibi arrogat; aut, cum parens naturalis esset, adoptat. Sic enim filius adoptivus incipit esse in potestate adoptivi patris; &, si gradu primo est, suus heres adoptivo pa-

7) Vult. *in §. 1. I. hoc tit. n. 3.* statuit hodie agnatione postumi, non rumpi testamentum, sed præteritum id nullum dicere, per *§. 5. I. de exhered. L. 4. C. de lib. præt.* ut nec ruptione opus sit; immo nec rumpi possit, utpote quod non sit, & ibid. *n. 6.* scribit nunc unicum modum agnationis, qui rumpat testamentum, superesse, adoptionem. Cæteros, de quibus Ulp. *Tit. 23. §. 3.* sublatos esse. Sed rectius differentiam inter filium natum præteritum, & postumum agnoscit, Duar. *h. t. c. 3.* Quia textus sic distinguentes *L. 1. & L. 3. §. 3. h. t.* non abrogati. Et ut Hot. *§. 1. I. de exher.* præterito postumo ab initio, valet testamentum, idcirco, quia qui in utero, proprie homo non est, *L. 9. ad L. Falc.* sed spes animantis *L. 1. de mort. infer.* Et dubium est tempore testamenti an nasciturus postumus. Potest enim uxor aboriri; monstrosum partum edere: vel ante partum mori. Quia igitur spes est aliquo casu valiturum testamentum, in dubio sustinendum est, favore ultimorum elogiorum. Vigl. *in §. postumi I. de exhe. n. 2.* Alex. Picenard. *ad rub. I. de exher. pag.* 73. Et textus *in d. §. 2. I. de exher.* loquitur in præsenti: postumo præterito, valet testamentum, non dicit *valebat*. Est autem & hæc differentia inter præteritionem nati, & nascituri: Filius natus præteritus in primo gradu, & in secundo exheredatus, primum duntaxat gradum iniustum facit, supr. *C. XII. n. 10.* nec sibi locum aperit, sed secundo gradui, & substituto. Postumus autem in primo gradu præteritus, licet in sequentibus institutus, vel exheredatus sit, totum testamentum rumpit, sibique locum facit *L. 9.* vers. *rumpendo h. T.* Ratio differentiæ. Cum primus gradus rumpitur, a postumo intercedit factum rumpentis, hoc ipso quod nascitur. Absurdum autem est, suo facto alii locum facere, quam sibi. Cum autem primus gradus ob præteritionem iam nati iniustus, non tam filii factum significamus, quam legis vim, & potestatem, quæ eum gradum valere non sinit, odio præteritionis. Eatenus igitur nullus, quatenus filius præteritus est. Ita A. Fab. 8. *Coniect.* 20. quomodo fere & ante eum Alex. Trentaciuq. *de Substitut. P. 1. C. 10. n. 4.* hic non mero iure, sed mediante facto, id est, nativitate postumi rumpi. Quare si antequam nascatur, ex alia caussa primus gradus infirmetur, natus postea non rumpet secundum gradum, a quo rite exheredatus. *L. 1. §. 7. de ventre in poss. mitt.* Cuiac. 4. *ad Afric. ad L. 14. de lib. & postum.* sic: Postumus rumpendo sibi ab intestato locum facit, ac repellit institutum agnatione; substitutum occupatione, quia eum in hereditate prævenit. Contra, Filio iam nato præterito, non rescinditur institutio: sed ab initio nulla, atque ideo testamentum a substitutione capit initium.

8) Et ita quorum iam natorum præteritio olim non infirmabat testamentum, ut filiæ, & nepotis *pr. I. de exher.* eorum tamen agnatio rumpebat *§. 1. I. d. t.* Ratio differentiæ. Præteritio filiæ vel nepotis nati, & cogniti, argumentum erat tacitæ exheredationis. Incogniti non æque. Testator enim censetur ignorasse conceptum, nec LL. de cuiusquam alieniore in liberos animo immitius suspicantur, Hot. *in d. §. 1. I. de exher.*

9) Etiam filiæ *d. L. 8. pr.* Miratus Hotom. *in §. 1. adoptivi 4.* (ipsi 5.) *I. de exher.* sic filiæ adoptivæ potius ius esse, quam naturali, cuius præteritio iure veteri non infirmabat testamentum. Sed puto, hoc esse ex eadem ratione, ex qua filia postuma olim rumpebat, licet superstes nullum non faceret, ut *N. præc.* Et sic non adoptivæ conditio melior. Esset si post adoptionem præterita testamentum rumperet, quod non fit. Rumpit testamentum casus superveniens, qui tempore, quo id conditum, nondum extitit. His consequens est, & legitimatione rumpi testamentum. Quæ sententia crebrius recepta, Forst. *Lib. 6. de Success. ab int. C. 37. n. 8.* Tessaur. *Decis. 84. n. 1.*

tri fieri, quasi naturali quadam agnatione. Unde & hac quoque veluti agnatione testamentum rumpitur, si is, qui adoptatus est, fuit præteritus. *Inst. quib. mod. test. inf. in pr. L. verum, D. de iniust. rupt.*

XIX. Alieno facto testamentum ex iisdem præteritionis, & exheredationis caussis rescinditur duobus remediis, iure in eam rem constitutis, quibus in personis ea locum habent: bonorum possessione contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti, de quibus item superioribus Capitibus diximus. Summa, quæ hoc loco tenenda sit, hæc est. Liberis emancipatis præteritis bonorum possessio contratabulas proposita est edicto prætoris; & his solis, quod quidem necesse sit ad testamentum infirmandum. Nam hi alioqui iure civili non admittuntur. *§. emancipatos, Inst. de exh. lib.* Proposita quidem liberis omnibus præteritis, etiam suis heredibus: *§. eadem. Inst. de her. quæ ab int. def. L. maximum, §. sancimus, C. de lib. præt.* sed his posterioribus non necessaria, cum & ipso iure testamentum evertant, ut est in *d. L. maximum, §. sancimus*. Querela inofficiosi testamenti proposita & præteritis necessariis personis, & exheredatis, quas modo præterire, aut immerito exheredare non licet, liberis, parentibus, fratribus; sed exheredatis omnibus, tam liberis, etiam suis heredibus; quam parentibus, & fratribus (nam ne in liberis quidem hic quidquam de iure vetere immutari, supra ostendimus): præteritis autem non omnibus. Excipiendi enim sunt liberi præteriti. Neque tamen hi omnes: sed sui, & emancipati. Nam sui quidem ipso iure testamentum infirmant, aut petunt bonorum possessionem contra tabulas, ut ante dixi: emancipati autem vocantur solum ad bonorum possessionem contra tabulas. Quorum altero iure cum ad defuncti bona veniri potest, querela locum non habet, utpote ultimum, & subsidiarium remedium. *§. tam autem Inst. de inoff. test. d. L. maximum, illic, nam cum ultimum, C. de lib. præt.* Cæteris liberis, qui nunquam in potestate defuncti fuerunt; parentibus autem generaliter omnibus; itemque fratribus, sive præteriti erunt, sive exheredati, ex utraque caussa pariter unica querela data inofficiosi testamenti, eum neque his præteritis, quamvis liberi sint, testamentum eo minus iure civili valeat; neque edicto prætoris his detur bonorum possessio contra tabulas. *§. ult. Inst. de exh. lib.* Ac de his separatim superioribus Capitibus ita diximus: ut doceremus, nihil in his generibus infirmandi testamenti immutasse Iustinianum de iure priore in *Nov. Ut cum de app. cogn.* Atque etiam hoc loco illorum remediorum vis, & potestas ad infirmandum testamentum in memoriam revocanda est, quando de ea infirmatione nunc agitur. Eam autem vim in his remediis esse diximus: ut, sive liberi emancipati petierint bonorum possessionem contra tabulas; sive qui de inofficioso egerunt, in querela obtinuerint, rescindatur testamentum defuncti non secus, quam si ipso iure, & sine facto cuiusquam nullum esset, & similiter redeat res ad caussam intestati, *L. non putavit, §. ult. D. de bon. poss. contr. tab. L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test. L. ut liberis, C. de collat.* dum semper ex utraque caussa, tam præteritionis, quam exheredationis, meminerimus, hoc exceptum Novella Iustiniani, ut, quamvis ex his caussis institutiones irritæ sint, cætera tamen firma maneant. *Auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.* Neque hic quidquam interest, utrum ex his caussis testamentum ipso iure non valeat, ut accidit statim, suis heredibus iam natis præteritis; postea autem per agnationem, aut quasi agnationem, postumis, vel qui postumorum loco sunt, præteritis: an vero rescindatur postea, liberis, aut parentibus postea id agentibus. Nihil enim excipit lex Iustiniani: sed ex caussa præteritionis, & exheredationis, quicunque præteriti sint, aut exheredati, cætera rata esse iubet.

XX. Quorsum ergo laborare in eo, utrum testamentum ex his caussis nullum sit ipso iure, an superioribus remediis facto alieno rescindatur? Dixi supra, hoc referre, quod, cum testamentum ipso iure nullum est, nunquam locus est scriptis heredibus, ut defuncto intestato mortuo, nisi qui scripti sunt, iidem possint & ab intestato rem obtinere. *L. filio, L. postumus, illic, idem & circa, D. de inoff. test.* At, ubi testamentum rescinditur bonorum possessione petita, aut perlata inofficiosi querela: ibi multis modis accidere, ut testamentum valeat, & hereditas pertineat ad scriptos heredes, remotis legitimis. Neutrum enim remedium competere, nisi admittentibus, & petentibus; idque intra certa tempora. Multis autem modis evenire, ne, quibus competit, hi id admittant; aut ita petant, ut oportet. Quibus modis præteritos, & exheredatos excludi necesse est; atque, his exclusis, testamentum manere.

XXI.

XXI. Casu quoque;[10] externo fine ullo vitio testamenti fit interdum, ut infirmetur testamentum, etiam invito testatore. Quod tunc evenit, cum is casus est, quo incidente, testamentum effectum habere non potest, adempto testatori herede, qui in eius bona succedat. Quo casu in usu iuris testamentum proprie *irritum* fieri dicitur, & recte. Ea enim *irrita* dicimus, in quibus omnia conati sumus, quibus opus est ad aliquid obtinendum; sed eventus conatui non respondit, ut proinde dicantur irriti fuisse conatus. Sic *irritum testamentum* recte dictum id, quod, rebus omnibus aliis integris, venit in eum locum, ut exitum habere non possit. Quod contingit, adempto herede, in cuius aditione, & existentia sita est vis, & effectus testamenti, ac sine eo testamentum fit inutile. *L. 1. in fi. D. de vulg.* Is casus aut a testatore est, aut ab herede. A testatore, cum is post testamentum factum capite minuitur. Ab herede, cum is deficit, vel quia nolit esse heres, vel quia non possit. Ita fit in summa, ut constituatur testamentum irritum duobus modis: aut capitis diminutione testatoris, aut heredis defectu.

XXII. Capitis minutione irritum fieri testamentum, constat. *d. §. alio, Inst. quib. mod. test. inf.* Neque hic quidquam interest, quæ sit capitis deminutio, dum ea, quæ testatori bona adimat. Fit irritum testamentum & maxima capitis deminutione, & media, & minima. Tot enim genera numerantur capitis deminutionis. *Inst. de capit. demin. L. ult. D. de cap. min.* Liceat nobis hoc loco has species paucis indicare. Tum id, quod dicimus, quam verum sit in singulis, intelligetur.

XXIII. Maxima capitis deminutio est, cum caput eximitur ex numero hominum damnatione: aut ex numero hominum liberorum servitute. Quod contingit damnatis morte, vel damnatione servis pœnæ effectis; vel iis, qui alio quo casu in servitutem rediguntur, ut accidit ingratis libertis, aut iis, qui se venundari passi sunt ad pretium participandum. *§. 1. Instit. de cap. demin.* Et totidem modis irritum fieri testamentum, declaratur in *L. 6. §. irritum, D. de iniust.*

XXIV. Excepti ex hoc numero, qui capti sunt ab hostibus. Nam hi fiunt quidem servi hostium iure gentium, *L. adeo, in pr. D. de acq. rer. dom.* cuius iuris habita ratione non male dici potest testamentum eorum irritum fieri, ut & Ulpianus irritum fieri ait in *d. L. 6. §. irritum, & §. quatenus, de iniust. rupt.* cæterum iure civili irritum non fit: sed sic habetur, quasi semper valuisset. Sive enim capti redeant, valet testamentum iure postliminii: sive apud hostes decedant, valet ex lege Cornelia. *§. ultim. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. d. L. 6. §. quatenus. de iniust. rupt.* Utrunque ideo, quia utroque iure perinde fit, quasi testator nunquam captus esset. Postliminium fingit, eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. *§. si ab hostibus, Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Lex Cornelia testamentaria statum eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmat, ac si hi in hostium potestatem non pervenissent, atque ita, quasi tum primum, cum caperentur, decessissent. *L. Lege Cornelia, D. qui test. fac. poss. L. Lex Cornelia, D. de vulg. L. bona, D. de capt.*

XXV. Media seu minor capitis deminutio est, cum quis, libertate salva, civitatem amisit, ut sic caput eximatur ex numero non hominum liberorum, sed civium Romanorum. Quod contingebat olim iis, quibus aqua, & igni interdictum erat: hodie deportatis in insulam, postquam deportatio in locum superioris interdictionis successit. *§. minor, Instit. de cap. demin. L. 2. §. 1. D. de pœn. §. cum autem, Inst. quib. mod. ius patr. potest. solv.* Etiam hoc modo irritum fieri testamentum traditur in *d. L. 6. §. eius, qui de iniust. rupt.* ubi usque ad *§. penult.* multis declaratur, quando, & quomodo quis pro deportato sit habendus. Adde *L. 1. §. si quibus, D. de legat. 3.*

XXVI. Minima capitis diminutio est, cum, libertate, & civitate integra, eximitur caput ex familia, & in aliam familiam transit. *d. L. ultim. de cap. min.* Quod contingit iis, qui, cum sui iuris essent, se arrogandos dederunt, atque ita arrogatione cœperunt alieno iuri esse subiecti. *§. minima, Instit. de capit. demin.* Nec minus hoc modo testamentum fit irritum. *L. penult. §. ultim. D. de bon. poss. secund. tab. §. non tamen, in fin. Instit. quib. mod. testament. infirm.*

XXVII. Cur ergo his modis capitis diminutionis testamentum fit irritum? Quia qui his modis capite minutus est, bona habere desinit in sua potestate. Qua ademptione fit, ut non possit habere heredem in his, quæ non habet; aut non possit

10) Ubi vitium superveniens non incurrit in ipsum testamentum, sed in personam testatoris: vid. A. Fab. 10. Coniect. 18.

fit ex testamento. De servis constat, quia servi nihil suum habere possunt. *§. item vobis, Instit. per quas person. nob. acquir.* De his, qui capitali iudicio damnati sunt, quorum pœna mors, aut deportatio est, *L. 2. D. de public. iudic.* ius vetus certum, hac damnatione bona publicari. *L. 1. D. de bon. damn. L. eius, §. 1. D. qui testam. fac. poss.*

XXVIII. Etsi autem Iustinianus *Novell. 134. Vt nulli iudic. lic. hab. loc. serv. §. ultim.* ita constituit, ut istorum bona liberi eorum, aut parentes obtineant; non autem adversus hos fisco vindicentur: non tamen id efficit hæc constitutio, ne non fit semper superiorum [11] irritum testamentum. Nam in his, qui liberos, & parentes non habent, etiam post superiorem constitutionem manet ius vetus, ut eorum damnatione bona publicentur. In his autem, qui aut liberos, aut parentes habent, vult quidem Iustinianus, eorum bona non vindicari fisco: sed, cum iubeat, ea a liberis, aut parentibus obtineri, simul adimit damnato liberam de his testandi, & aliis relinquendi potestatem. Proinde & testamentum, quo quid iam ante aliis relictum est, irritum esse iubet.

XXIX. Quod ad eos attinet, qui minima capitis minutione transierunt in alienam potestatem (quod arrogatis contingit), eadem ista ratio his testamentum irritum facit, quæ supra, quia & hi bona habere desinunt, quæ scilicet ipsi cum capite in alienam familiam transferunt, inquit Papinianus *L. pen. §. ult. D. de bon. poss. secund. tab.*

XXX. Olim etiam hoc genere capitis minutionis intelligebantur minui filiifamilias, cum [12] emancipabantur, tametsi hoc modo sui iuris fierent. *d. §. minima, Inst. de cap. demin.* Sed placebat, hac deminutione capitis irritum testamentum non fieri eius filiifamilias, qui, cum miles esset, aut veteranus, testamentum prius fecisset de peculio castrensi, aut quasi castrensi, *d. L. 6. §. ult. de iniust. rupt.* ut tum vere dici potuerit, ex iis, qui minimam capitis deminutionem paterentur, quorum testamenta irrita fieri dicimus, excipi filiosfamilias, qui emanciparentur. Cur autem exciperentur, in caussa fuit, quod emancipato hac minutione non amittebantur bona: sed magis ei & vetera confirmabantur, & novorum acquirendorum constituebatur potestas. Qua ex re etiam illud consequebatur, ut citius successorem habere posset, ut mox dicetur. Hodie sic filiisfamilias emancipati testamentum non fit irritum: ut hoc etiam ea ratione accidat, quia hodie nec [13] capite minuatur, ut ineptum sit etiam (tantum abest, ut sit necesse) eum excipi ex numero eorum qui capite minuuntur, dum horum testamenta capitis deminutione fieri irrita, dicimus. Ideo enim olim filiifamilias emancipatione capite minui intelligebantur, quia constabat emancipatio imaginaria venditione filiifamilias. *§. praeterea, Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* Hæc venditio redigebat filium in imaginariam servitutem, ex quo & capitis minutio manifeste accidebat, ut diserte scriptum est in *L. 3. §. 1. D. de cap. min.* Satis enim constat, eos, qui in servitutem rediguntur, capite minui. *d. §. 1. Inst. de cap. demin.* Hodie autem omnis ista emancipatio, & imaginaria venditio in liberis patria potestate liberandis a Iustiniano sublata est. *L. ult. C. de emancip. lib. d. §. praeterea. quib. mod. ius patr. potest. solv.* Proinde & capitis deminutio, quæ ex ea venditione nascebatur.

XXXI. Sunt, qui proprie non minuuntur capite, verumtamen pro capite minutis habeantur: quorum ideo testamenta similiter irrita fiunt. Hi sunt, qui mortem sibi consciverunt, cum aut rei postulati essent, aut in scelere deprehensi, si modo fuit id crimen: ut, si damnarentur, morte, aut deportatione afficiendi essent. Hi ex constitutionibus heredem non habent: sed bona eorum, quasi iam damnatorum, fisco vindicantur. *L. 3. D. de bon. eor. qui sibi mort. consc.* Quæ res & testamentum eorum facit irritum. Frustra enim testamentum, quod successorem bonorum non habet, ut mox dicetur. Et ita irritum fieri dicitur in *d. L. 6. §. eius qui de iniust. rupt.*

XXXII.

11) Ita & Cuiac. *in L. 8. D. qui test. fac.* Covar. *Ext. de Testam. P. 3. rubr. n. 27.* Gail. *1. de Pac. publ. 19. n. 8.* & vulgo DD. teste Vasq. *3. Ill. contr. 96. n. 3. & 4.* Coler. *Decis.* 34. Dauth. *d. Test. n.* 209. late A. Fab. *Decade 73. de Err. Pragm.* Arumæ. *Exerc. Inst. 7. Th. 7.* Et recte, opinor. Si enim ipsis damnatis æqua, & benigna, *de constit. Nov. 34. C. ult. Auth. bona damnatorum C. de bon. damn.* esse voluisset, indistincte eis bona reliquisset, non illis solum casibus, quibus liberos, aut parentes habent. Diss. Vves. *in Par. de Testam. n.* 13. P. Greg. 42. *Synt. 8. n. 11.* quorum opinio in terris Elect. Sax. obtinet Moll. *in P. 3. Const. Elect. Sax. 6. n. 4.* & Beust. *in L. admonendi de iurei. n.* 494. vid. Modest. Pist. *P. 1. Q.* 13.

12) Quia per hanc fit sui iuris. Atqui & ante emancipationem quoad castrensia fuit paterf. *L. 2. ad Maced.* Et sic nulla quoad hoc imitatio. Ant. Matth. *in Not. ad §. Alio 4. I. h. t.* Errat igitur Harmenop. contra sentiens *Lib. 5. Epit. Tit. 5.* notatus a Cui. *ad L. 6. §. ult. h. t.* Non est contraria *L. 22. de Test. mil.* ut not. sup. *C. ult. N. 4.*

13) Ita & Vacon. *1. Decl. 16. n. 11.* Non enim ideo minuitur capite, quia efficitur sui iuris: alioqui & morte minueretur, sed ob imaginariam servitutem *L. 3. de cap. min.* & Gpvman. *1. Var. lect. 16.*

XXXII. Quid? Nulla ne alia personæ mutatione testamentum fit irritum, quam capitis minutione? Sciendum est non fieri, quamvis testator, mutata personæ conditione, inciderit in eum casum, unde non magis testamentum posset facere, quam si capite minutus esset. Quod & supra attigimus in eo loco, in quo de his agitur, qui testamentum facere possunt. Ut puta furiosus, prodigus, mutus, & surdus, non magis ab initio testamentum facere possunt, quam servus, quam deportatus, quam filiusfamilias. *§. præterea, & seqq. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Et tamen si quis, testamento rite facto postea furere, aut prodigus esse cœperit: nihilominus testamentum eius ratum manet, *§. furiosi, §. item prodigus, Inst. quib. non est permiss. fac. test.* eum, si servus esse cœperit, aut deportatus, aut filiusfamilias: modo dixerimus, testamentum irritum fieri capitis minutione. Quo loco non immerito quæritur, cur hæc tam varie, eum hi omnes pariter in eum locum redeant, in quo si essent, testamentum ab initio facere non possent. Notanda igitur ratio, cur eorum, qui capite minuti sint, testamenta irrita fiant; ex qua, cur aliorum non fiant irrita, facile intelligetur. Et (quod iam tum in superiore illo loco attigimus) non quia eorum, qui capite minuuntur, status mutatur in eam conditionem, a qua testamentum facere non possent, ideo eorum testamentum fit irritum (alioqui nihil caussæ esset, cur in eadem mutatione non idem diceremus de cæteris): sed hæc caussa est, quod capite minuti, statu mutato, bona quoque habere desinunt, ut quidem de his possint testari. Quod quomodo accidat cum in servis, tum in deportatis, itemque in arrogatis, paulo ante diximus. Hoc vero quibus accidit, necesse est, horum testamentum exitum habere non posse; non propter mutationem personæ, inquam; sed propter bona. Quibus enim bona non sunt, aut non ea, de quibus concedatur testari; hi bonorum heredem habere non possunt, aut certe non ex testamento. Nullum porro, aut irritum testamentum est, quod heredem non habet. *L. 3. vers. Calpurnius, D. de his, quæ in test. del. L. 1. D. de iniust. rupt.* At furiosi, prodigi, & cæteri, qui mutata persona, non ideo minuuntur capite, etsi ita conditionem mutant, ut iam testamentum facere non possint: tamen & statum, idest libertatem, civitatem, familiam; & cum his etiam bona retinent. Quibus retentis, cum cæteris partibus testamentum rite peractum sit, nihil est impedimento, quominus id heredem, & cum herede exitum habeat.

XXXIII. Fit & mortuo testatore irritum testamentum, cum nemo ex eo [14] heres exstitit. *L. 1. D. de iniust. rupt.* Sic enim heredis institutio caput est & fundamentum testamenti; *§. ante, Inst. de legat.* ut consequens sit, quod dicitur in *L. 3. vers. Calpurnius, D. de his, quæ in test. del.* non posse ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Quod sic accipiendum est, ut, sive ab initio institutus heres non erit, nullum fit testamentum: sive institutus heres non exstitit aut ipso iure, aut hereditatem non adeundo, æque nullas vires habeat. *§. posteriore, Inst. quib. mod. test. inf. Inst. de her. quæ ab int. def. in princ.* Sed hæc species infirmandi testamenti ad quæstionem propositam proprie non pertinet. Id enim nunc agitur, ut sit iustum testamentum, quo deferatur hereditas. Atqui ad eam recte deferendam satis est testamentum iustum esse, & heredem idoneum habere quo tempore testator moritur, quidquid postea in persona heredis inciderit, quominus heres existeret. Semper enim exinde verum erit, delatam esse hereditatem, quam possit heres adeundo consequi. *L. delata, D. de verb. sig.* Non enim eo minus iure potest adire, quod aut nolit, aut casu aliquo non possit. Tunc quærendi locus est, an, hereditate non adita, irritum fit testamentum; non cum de ipso herede instituto quæritur, quem constat nolle hereditatem adire; sed cum quæritur de legatis testamento relictis, aut de legitimis heredibus. Nam legata non debentur, hereditate non adita: *L. eam, quam, C. de fideicomm.* & præterea, nemine herede exsistente, defunctus fit intestatus. *Inst. de her. quæ ab int. in princ.* Ideo potuit hic modus infirmandi testamenti hoc loco prætermitti, ut eum omissum videmus in *Institutionibus* in hoc argumento, nisi per occasionem, omnem infirmandi testamenti rationem complecti vellemus, ut fit in *L. 1. D. de iniust. rupt.*

XXXIV. Et his quidem modis omnibus testamentum iure infirmatur. Sed monen-

14) Ubi dicitur, desertum, & destitutum. *§. cum autem 7. d. de her. int.* Curac. *in L. 1. h. T. A.* Fab. *ad Consuet.* 30. Sine aditione testamentum quod fuit, & ab initio valuit, destituitur; sine institutione nullum est. Institutio facit testamentum; aditio confirmat.

nendi sumus, non omnia testamenta in eodem vitio, quod semel conceperint, perpetuo hærere. Quædam sunt, quæ, cum primo ex supra scriptis caussis inutilia esse cœperint, postea eventu, vivente testatore vires recipiant, ut sic perinde sint, quasi nec essent infirmata. Quod circa rupta, & irrita testamenta accidit: sed circa irrita maxime. De quo genere plura, & certiora in hac parte tradita legimus. Ideo & de eo prius dicemus, & maxime quod sit tractatio cum his, quæ proxime diximus, coniuncta. Capitis ergo minutione irritum factum testamentum interdum eventu convalescit. Quod accidit partim capitis minutione manente; partim pristino restituto statu.

XXXV. Manente eadem capitis deminutione testamentum quod irritum factum erat, convalescit in milite, qui ex militari delicto capite damnatus est. Nam huic concedi solet testari; idque sic accipitur, ut possit testari iure militari. Unde evenit, ut, quemadmodum novum testamentum facere potest sola voluntate (ut est privilegium militum): sic, si prius, quod irritum erat, valere voluerit, nuda voluntate confirmetur. *d. L. 6. §. sed et si quis*, vers. *nisi forte*, *de iniust. rupt.*

XXXVI. Restituitur pristinus status testatori capite minuto, cum aut damnatus restituitur in integrum a principe; aut servus factus manumittitur a domino; aut arrogatus emancipatur a patre arrogatore. Quibus rebus efficitur, ut testator incipiat civis Romanus esse, & sui iuris. Hoc cum accidit, & testator eo statu moritur, scriptum est in §. *non tamen*, *Inst. quib. mod. test. inf.* bonorum possessionem secundum tabulas eius testamenti peti posse; nec quidquam adiicitur amplius. Quæ definitio singulari cautione indiget. Nam primum sic accipi potest, quasi testamentum hoc casu non convalescat, nisi iure prætorio, id est ita: ut heredi scripto non detur, nisi bonorum possessio secundum tabulas, quod beneficium a prætore est. Et præterea cum bonorum possessionem inde peti posse, simpliciter scriptum sit: sic potest accipi, quasi semper possit, & sine ulla conditione. Quorum utrunque falsum est, ut de utroque nos hic commonefieri oporteat.

XXXVII. Primum, quisquis damnatus capitis restitutus est postea beneficio principis, sic statuo: testamentum eius ita convalescere, ut valeat iure civili, non tantum prætorio. Neque hoc moneri inutile est, quasi nihil intersit, utro iure convalescat testamentum; idemque futurum sit, dum vel convalescat altero. Nam si testamentum incipit valere iure civili, ut volumus: hoc ius futurum est, ut heredes eo testamento scripti, quamvis extranei, possint quidem, si velint, petere bonorum possessionem secundum eas tabulas apud quemvis magistratum (ut bonorum possessio agnosci solet. *L. ult. C. qui adm. ad bon. poss. poss.*), dum id faciant intra tempus ei rei præstitutum. Sed, si gravantur hanc molestiam subire, aut tempore sunt exclusi, possunt nuda voluntate agnoscendæ hereditatis quandoque heredes fieri, ut est ratio iuris civilis. *§. pen. Inst. de her. qual. & diff.* Hoc ergo dicimus, ei, qui restitutus est a principe, testamentum ita restitui: ut heredes eo testamento scripti possint ad eum modum heredes fieri iure civili. Neque, cum hoc dicimus, negamus, verum esse quod traditur in *d. §. non tamen*, posse heredem ex hac restitutione agnoscere secundum tabulas bonorum possessionem: sed simul & illud verum esse contendimus, quod superioribus verbis non negatur, posse heredem & altero modo heredem fieri iure civili, quasi testamento ipso iure restituto; non beneficio prætoris. Habeo huius sententiæ argumenta hæc duo, ut mihi quidem videntur, non dubia. Unum huiusmodi. Nam qui capti sunt ab hostibus si redeant: sic eorum testamenta ipso iure valent beneficio postliminii, quasi nunquam capti essent. *§. ult. Inst. quib. non est perm. fac. test. §. si ab hostibus, Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv.* At horum testamentis comparantur testamenta eorum, qui a principe restituti sunt, ut hæc valeant eodem modo. *d. L. 6. §. quatenus. de iniust. rupt.* Quare & hæc sic valebunt iure civili, quasi nunquam prius irrita facta essent. Alterum tale. Constat enim, beneficium principis in restitutione in integrum omnia, quæ prius amissa erant, sic restituere, quasi nec amissa essent, ut sint (id quod verbum significat) hic integra omnia. *L. 1. C. de sent. pass.* Restituetur ergo isto modo & testamentum, quod prius irritum fuerat.

XXXVIII. In cæteris, qui pristinum statum receperunt aliter, quam restitutione principis, ut si servi manumissi sint; qui arrogati erant, emancipati: nihil proponitur usquam scriptis heredibus ex eorum testamentis, quam bonorum possessio secundum tabulas, de qua in *d. §. non tamen. quib. mod. test. inf.* Sed nec hoc usu simpliciter verum est, bonorum possessionem secundum tabulas eius testamen-

menti peti posse; sed ita, si aut heredes legitimi testamento scripti sint; aut, extraneis scriptis heredibus, testator recenti voluntate testamentum confirmarit. Si eo testamento scripti sint heredes, qui ab intestato quoque succedere poterant: hi sine exceptione, id est sine nova testatoris voluntate, bonorum possessionem secundum tabulas possunt petere, & rem obtinere, ut simul & quæ eo testamento relicta sunt, valeant. *L. postumus*, vers. *idem & circa*, *D. de iniust. rupt.* Interim, recenti confirmatione testatoris nulla interveniente, tales heredes scriptos esse oportet, ad quos ab intestato bona perventura essent, ut his detur bonorum possessio. Hac enim conditione bonorum possessio nominatim datur in *d. L. postumus*. Quæ conditio sic accipienda est, ut sit necessaria, si nihil aliud scriptos heredes adiuvet. Cæterum, quamvis scripti sint heredes extranei, si, mutato in melius testatoris statu, hoc etiam accesserit, ut is codicillis, aut aliis literis, vel alia testificatione declaraverit, se eodem testamento mori velle: scriptum est in *L. pen. §. ult. D. de bon. poss. sec. tab.* voluntatem, quæ defecerat, iudicio recenti rediisse intelligi: sed non aliter. Alioqui enim exceptionem finitæ voluntatis scripto heredi obstare. Quod rursum sic accipiendum est, si hi sint scripti heredes, qui nullo alio iure vocentur ad hereditatem, quam voluntate testatoris, id est si sint extranei. Nam qui per se etiam ab intestato possunt rem obtinere, merito non desiderant eiusmodi confirmationem voluntatis ad petendam bonorum possessionem secundum tabulas, ut ante dixi.

XXXIX. Sed quod in extraneis heredibus recentem voluntatem testatoris exigimus, ut his institutis detur bonorum possessio secundum tabulas, scriptum est nominatim a Papiniano de eo, qui, testamento facto, se arrogandum dederat, deinde sui iuris factus est. *d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Proinde de eo, cuius quodammodo voluntate, & facto testamentum irritum factum erat. Unde merito dubitari potest, num eamdem conditionem exigere debeamus in iis testatoribus, qui inviti minuti sunt capite, deinde cives Romani, & sui iuris facti sunt, ut si qui servi facti sint, deinde a dominis manumissi. Et probandum est, ne horum quidem testamenta prodesse scriptis heredibus extraneis aliter, quam si ipsi recenti iudicio ea confirmarint. Argumento est miles ex militari delicto damnatus. Quem quidem constat, ut damnari invitum, ita & invitum capite minui. Placet tamen, si ei damnato facta sit potestas testandi, non aliter restitui eius testamentum, quam si voluerit id valere. *d. L. 6. §. irritum. de iniust. rupt.*

XL. Sed adversus omnem hanc recentem confirmationem oritur dubitatio. Nam quomodo nuda voluntate redeat testamentum, quod iure irritum factum erat, cum constet, testamentum nuda voluntate non constitui? *§. ult. Inst. quib. mod. test. inf. §. sed cum paulatim, Inst. de test. ord. L. testandi, C. eod.* Huic obiectioni occurrit Papinianus in *d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Negat, hic testamentum constitui voluntate posteriore, & recte. Confirmatur enim & sine voluntate iure prætorio. *d. §. non tamen, Inst. quib. mod. test. inf.* Idque est, quod ait, hic non quæri maxime de iure testamenti, ut quod constet aliunde, etiam iure publico valere, si nihil aliud privatim obstaret scripto heredi. Sed valet, inquit, hæc recens voluntas ad infirmandam exceptionem, quæ heredibus legitimis parata erat adversus heredem scriptum, si nulla nova voluntas interveniret. Scripto enim herede hereditatem vindicante, dicerent legitimi heredes; Non potes hereditatem vindicare, quoniam deficeris voluntate testatoris, qui scivit testamentum suum irritum factum esse capitis minutione, nec declaravit postea, num & tale manere vellet. Ad infirmandam, inquam, hanc exceptionem prodest recens voluntas, qua probatur, testatorem eodem testamento mori voluisse. Unde replicatio doli mali adversus exceptionem priorem. Et hoc rursum est, quod Papinianus subiicit, non quæri maxime in hoc iudicio de iure testamenti: sed de viribus exceptionis superioris, quæ actori, idest scripto heredi opponitur; sed æstimatur ex persona eius, qui opponit, idest ex persona legitimorum heredum, aut aliorum qui hereditatem possident. Hi autem nullo iure opponunt, postquam exceptio replicatione secutæ voluntatis eliditur.

XLI. Quod si neque testamento, quod irritum factum erat, heredes legitimi scripti sint; neque testator sui iuris factus dixerit, se eo testamento mori velle; testamentum plane irritum manet, ut neque hereditas ex eo adiri possit iure civili, neque bonorum possessio secundum tabulas eius testamenti peti iure prætorio. Non enim ad petendam bonorum possessionem ex hoc genere testamenti frustra adduntur superiores conditiones suprascriptis locis duobus, puta *d. L. postumus*,

de iniust. rupt. d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab. sed eo pertinent, ut intelligamus, alterutra earum deficiente, nec bonorum possessioni locum esse. Quapropter quod in *d. §. non tamen, Inst. quib. mod. test. inf.* simpliciter dicitur, posse scriptum heredem secundum tabulas eius testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit: sciemus, sic accipiendum esse, ut aliquando possit, non semper. Potest autem iis conditionibus, quæ supra scriptæ sunt.

XLII. Non sunt hæc propria irriti testamenti. Eadem & circa [15] ruptum recepta sunt, ut scilicet, impedimento rupti sublato, convalescat testamentum iisdem illis conditionibus. Rumpitur testamentum postumi agnatione, qui præteritus natus est vivo patre. Si idem rursum vivo [16] patre decedat: placet, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heredem scriptum posse, remque obtinere, ut est in *d. L. postumus. de iniust. rupt.* Sed additur in extremo eiusdem responsi hæc conditio, quæ ad omnes præcedentes casus pertineat, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit: conditio nimirum eadem, quæ illic aperte & circa iniustum testamentum adiicitur. Ut autem sciamus, hanc conditionem tunc esse necessariam, cum aliter non constat de recenti voluntate testatoris: si testator, caussa rupti sublata, declaraverit, se eodem testamento mori velle: non quæremus, quis heres sit institutus, legitimus, an extraneus: sed, etsi extraneus institutus erit, si recenti indicio testatoris voluntas illi redierit, & bonorum possessionem sine metu exceptionis petere poterit, ut declaratur in *d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* In persona eius, qui posteriore testamento facto prius rupisset, deinde supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Ubique tamen [17] alterutra conditio exigitur, ut appareat, rupto testamento agnatione postumi, vel posteriore testamento, quamvis postumus deinde sublatus sit, aut posterius testamentum incisum: si tamen neque priore testamento scripti sint legitimi heredes, neque testator aperte dixerit, se id valere velle: bonorum possessionem secundum eas tabulas peti non posse.

CAP.

15) Quid si mortuo patre natus, mox decedat? Duar. idem putat, *ad h. t. D C. 3. f.* 369. modo testamentum sit signatum per Ulp. *t.* 23. §. 6. *In L. a.* inquit, 12. *pr. h. t.* vitæ testatoris mentio, quia ex facto ita acciderat. Et *L. 2. C. de postum. her. ac L.* 15. *D. h. t.* accipiendæ cum hac exceptione, nisi testamentum signatum sit, ita Duar. Quo vix est, ut admitti possit. Quia enim signatum olim fere frequentius nuncupato, exceptio latius pateret regula. Et rectius alii, qui ideo *in d. L.* 15. non convalescere testamentum volunt, quia ex fictione legis Corneliæ pater videtur statim decessisse cum caperetur, & ita prius mortuus quam filius Sed ad explic. *d. L.* 15. vid. A. Fab. 10. *Coniect.* 9. *&* 10. & ad explic. *d. L.* 12. *pr. h. t. idem* 9. *Coniect.* 15. *& seq. &* 1. *Iurisp.* 11. *Pr.* 9. *Illat.* 4.

16) Diss. Duar. *d. C.* 3. *f.* 368. *& seq.* volens indistincte hoc obtinere, quicunque scriptus sit, modo signatum sit testamentum, ac solemnia iuris prætorii adhibita, &c.

17) Vid. *de d. L. pe. §. ult. & d. §. 6. I. h. t.* A. Fab. 10. *Coniect.* 18. *& seqq.* ubi in miserum Tribonianum invehitur.

CAP. XVII.

De heredibus instituendis: & qui heredes quibus verbis institui possint.

Transitio. I.
Testatoris voluntatem, & institutionem iustam esse oportere. II.
Talis quae sit. III.
Ea efficitur voluntate, & potestate. IV.
Cur primum de potestate. V.
Quid hic potestatis *nomine Auctor intelligat*. VI.
Institutio an valeat ex re, & verbis spectatur. VII.
Olim, nisi directis verbis, nulla. VIII.
Hodie quibuscunque verbis valet. IX.
In re institutionis spectanda: persona heredis; modus instituendi; numerus heredum; plurium heredum partes. X.
Soli Cives Romani institui possunt. XI.
Hi qui sint. XII.
Peregrinorum, seu non Civium Romanorum duo genera. XIII.
Servi, nisi per eos ad Cives Romanos hereditas perventura sit, institui non possunt. XIV.
Hac conditione qui nam possint. XV.
Quo modo servi nostri. XVI. XVII.
Quid, si servus sit communis. XVIII.
Quo modo alieni. XIX.
Utrum Hereditarii. Hi qui sint. XX.
An eius, qui capere non potest. XXI.
Capti ab hostibus institui possunt. Quare. XXII.
Qui nam ex servis institui nequeant. XXIII.
Hostes, deportati, perpetuo damnati ad opus, ac nostris temporibus ad remos; item Haeretici, non tamen omnes, & Apostatae institui prohibentur. XXIV.
Nec omnes Cives indistincte, neque omnes servos institui posse. XXV.
Ex Civibus qui nam, & quatenus excipiantur. XXVI. XXVII. XXVIII.
Qui nam ex servis. XXIX.
Qui pure institui nequeunt, sub conditione cum capere poterunt *recte instituuntur*. XXX.
Quid, si pure? Non de omnibus idem constitutum. XXXI.
Servi institutio valet ex tacita conditione. XXXII.
At deportatorum, aliorumque Peregrinorum non valet; itque ea causa hereditas est, in qua esset, si scripti non fuissent. XXXIII.
Contrariis occurritur. XXXIV. XXXV. XXXVI.
Furiosus, Prodigus, Pupillus, & Filiusfamilias institui possunt. XXXVII.
Item incerta persona, etiam testatori penitus ignota: publica corpora. XXXVIII. XXXIX. XL. XLI.
In extraneis heredibus tria tempora observantur: facti testamenti, mortis Testatoris, aditionis. XLII.
In suis, & necessariis duo tantum, testamenti, & mortis. Ratio differentiae. XLIII.

I. Iustum testamentum hactenus constitutum est. Quod tale est, ut ab initio consisteret: & cum constitisset, postea non est infirmatum: aut infirmatum, deinde convaluit; quod, quibus modis accidat, diximus. Id vero est, quo solo, diximus, hereditatem directo deferri posse. Ita, hoc constituto, potestas deferendae testamento hereditatis constituta est, de qua coeperamus quaerere. Hac constituta, sequitur ad deferendam hereditatem voluntas defuncti. Diximus enim, sic nobis deferri hereditatem, si is, qui defert, possit deferre, & cum potest, velit recte delatam. Voluntate testatoris nobis defertur directo hereditas (nam de ea, quae directo defertur, nunc agimus) cum ab eo heredes instituti sumus. Unde intelligimus, heredis [1] institutionem in iure deferendae hereditatis duplicem usum praebere. Primum, id quod in commune ad totum testamentum pertinet, ut testamentum valeat; sive de nobis, qui heredes instituti sumus, quaeratur, sive de aliis coheredibus scriptis, sive de legatariis. Proximum, quod pertinet privatim ad ius heredum institutorum, ut sciamus hoc esse, quibus voluntate defuncti directo defertur hereditas. De qua parte nunc quaerimus.

II. Voluntatem testatoris, eiusque institutionem cum hic exigimus, ante omnia id statui debet, quod iam ante Cap. X. de institutione heredis monuimus, hic idem

1) Quae definitur a Cuiac. *in Parat. de lib. & postum. datio hereditatis nulli alii ante delata*: 2 Vult. 1. *Iurisp.* 73. n. 52. *Successoris a testatore facta designatio*.

dem exigere nos, quod in eæteris rebus, quas ius ad aliquid efficiendum adhiberi iubet: iustam nimirum & legitimam tum voluntatem, tum institutionem. Sic enim de iis quæ vitiose, & non rite fiunt, in universum ius est, ut pro infectis habeantur. *L. quoties*, *D. qui sat. cog. L.* 4. *§. condemnatum*, *D. de re iud. L. non dubium*, *C. de legib.*

III. Ea autem iusta voluntas, & institutio est, cum ita heres instituitur, ut ius permittit.

IV. Ita in iusta instituendi voluntate duo insunt: voluntas per se testatoris, & huic ex iure adiuncta instituendi potestas, quæ voluntatem ratam efficiat. Quorum proinde de utroque nobis hoc loco separatim cognoscendum est.

V. Ac prius dicam de instituendi potestate. Etsi enim, si consilium testatoris spectamus in heredibus instituendis, prior est voluntas instituendi: quoniam prius unusquisque animo suo proponit, quos velit sibi esse heredes: deinde quærit, possitne recte instituere, & quomodo possit. Sæpe etiam instituit non idoneos, omissa iuris quæstione: tamen, si de iure institutionis quæritur, ut faciendum est omnibus, qui aliquid agere volunt, prior est instituendi potestas. Frustra enim heredem instituimus, si ius refragatur. Denique deliberanti de institutione heredis, ne quid temere aggrediatur, prius videndum, quid hic iure possit: sic deinde, hoc cognito, potestas ad rem conferenda, ut quod recte potest, tum tuto velit. Quapropter & de hac potestate heredum instituendorum in hac quæstione non immerito prius dicendum videtur.

VI. Potestatem instituendi voco facultatem ita instituendi, ut per ius licet; quo fiat, ut ipsa etiam per se iure valeat institutio.

VII. An valeat, duabus ex rebus spectatur: ex verbis, & ex re institutionis.

VIII. In verbis vetus observatio fuit, ut, nisi [a] directis verbis, non recte heres institueretur hoc modo: *Titius heres esto*, vel *heres sit: Titium heredem esse iubeo*, auctore Ulpiano in fragmentis Tit. *quemad. her. insti. deb.* Quæ & formula vetus indicatur in *L.* 1. *§. qui neque*. *§. si ex fundo*, *D. de hered. instit.* Cui & similis est illa, *Titius hereditatis meæ dominus esto*: quæ probatur in *L. bis verbis* 48. *D. de her. inst.* Fuitque hæc ita solemnis formula, ut quæ iisdem verbis non conciperetur institutio, esset vitiosa; usque adeo, ut etiam illa improbaretur, *Titium heredem instituo: Heredem facio*. Auctor Ulpianus ibidem.

IX. Hodie hæc omnis observatio verborum sublata est in heredis institutione, & receptum, ut quibuscumque verbis testator significet, se hereditatem, aut bona sua universim pervenire velle ad aliquem, is recte institutus intelligatur. *L. quoniam*, *C. de testa.* ut probanda sit Accursii, & Bartoli sententia ad *L. bis verbis*, *D. de her. inst.* his verbis recte hodie heredem institutum videri [3] *Titio bona mea relinquo:* Nam bona simpliciter a testatore appellata, quæ ille ad aliquem redire velit, pro universitate & hereditate accipiuntur, cum non potest aliter relictum valere. *L. nam quod*, *in fi. L. cogi*, *D. ad S. C. Trebell.*

X. Res institutionis, seu institutio ipsa remotis verbis, quatuor in rebus versatur. In persona heredis instituti; in instituendi modo; in numero heredum; & si plures instituti sint, in partibus hereditatis inter eos distribuendis. Quibus in rebus singulis ad rectam institutionem quæritur, quid iure liceat. Omisi personam testatoris consulto, tametsi sine hac nulla est heredis institutio: quoniam is solus heredem instituere potest, qui & testamentum facere. Satis autem supra diximus, qui testamenta facere possint: ut simul & in his dictum sit, qui possint heredes instituere.

XI. Persona heredis instituti eiusmodi est, ut non omnes iure institui possint. Soli possunt institui, cum quibus testamenti [4] factio est. *L. si alienum* 49. *§.* 1. *D. de her. inst. §. in extraneis*, *Inst. de her. qual. & diff.* &, ut loquitur Ulpianus in fragmentis. *Tit. qui her. inst. poss. qui testamenti factionem cum testatore habent*. Testamenti factio est solum cum civibus Romanis; ut quemadmodum soli

a) Quæ & dicuntur *imperativa*. Ulp. *tit.* 24. § 1. & *civilia L.* 7. *de vulg. legitima L. ult. C. de test. tut. L.* 14. *C. de test. man.* quibus opponuntur *obliqua*, & *infirma* vid Duar. 2. *Disp.* 9. Hot. 4. *Obs.* 24. Cui. 11. *Obs.* 25. A. Fab. 14. *Err. prag.* 2. Alex. Trentacinq. *de Subst. T.* 4. C. 4. R. ad Forner. 1. *Rer. quot. d.* 11. Non directa autem tantum olim requirebantur, sed & selecta & ut Apulei. de industria concepta. Quam ἀκριβολογίαν Constantinus sustulit. Supersunt tamen alia solemnia in testibus, & signatoribus adhibendis, Cuiac. *in L.* 1. *qui test. fac.* Diss. Guil. Forner. 1. *Select.* 28.

3) Immo & verbis huiusmodi; *lego omnia bona*, *vel lego hereditatem*, hodie recte institutionem fieri vult Vacon. 4. *Declar.* 55. quia testantis intentio apparet, & expresse hanc eius mentem esse liquet. Olim vero his verbis institui non poterat, Vid. Turamin. *de Exequat. legat. C.* 1. *n.* 8 & 9. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. progressu §.* 3. *n.* 13. & *seqq.* & Matth. Grib. *ad rub. D. de leg.* 1.

4) Ut vel ipsi capere, vel aliis acquirere possint, Duar. *h. t. c.* 2. *Vid. not.* supra C. 5. N. 1.

soli cives Romani testamentum facere possunt, ut suo loco diximus: ita possint soli cives Romani ex testamento civis Romani capere vel hereditatem, vel legatum. Etsi autem nusquam id diserte expressum est; tamen sic facile ex his locis inter se collatis colligere possumus. Nam de legatis traditur, legari solum posse iis, cum quibus testamenti factio est. *L. legari, Inst. de legat.* At lege Falcidia quæ exstat in *L. 1. D. ad Leg. Falc.* cautum est, solum legari posse civibus Romanis. Ex quibus intelligimus, eosdem esse cives Romanos, & eos cum quibus testamenti factio est, cum de his quæritur, qui ex testamento capere possint. Præterea, si solis civibus Romanis legari potest, ut efficitur lege Falcidia: multo minus alii possunt heredes institui, quam cives Romani; plus est enim, heredem institui, quam legatum accipere: ut legatariorum exemplo, multo magis testamenti factionem esse oporteat cum iis, qui heredes instituuntur.

XII. Cives Romanos iam ante in persona testantium diximus, esse liberos homines, qui sint orbe in Romano. Liberos quia nulli cives Romani nisi liberi *§. ult. Inst. de lib.* qui sint in orbe Romano; quia nulli quantumvis liberi, cives Romani, nisi qui habeantur in orbe Romano. *L. in orbe, D. de stat. hom.* Et generaliter hi pro civibus cuiusque gentis habendi, qui in ea gente liberi sunt, & ei imperio subiecti. Hinc primum intelligimus, eos heredes in universum institui non posse, qui cives Romani non sunt. Idque est, quod uno verbo dicitur, peregrinos institui non posse. *L. 1. C. de her. inst.* Nam peregrini nostris dicuntur, qui cives Romani non sunt; *L. 6. §. solemus, D. de her. inst.* & peregrinatus, status eorum, qui item non sunt cives Romani. *L. sed si hac, §. sed si per pœnam, D. de in ius voc.*

XIII. Peregrinorum, seu non civium Romanorum duo genera ex superiore definitione, ex quo & totidem eorum, qui institui non possunt.

XIV. Primum servi. Ideo nec servi institui possunt. Quod tamen sic accipiendum est, si modo ut servi instituantur, nec per eos hereditas perveniat ad cives Romanos. Quorum si quid contra fiat, ipsi cives Romani heredes institui videntur: ut necesse sit utroque casu & cum his servis tanquam cum civibus esse testamenti factionem.

XV. Hinc tria genera servorum institui posse placuit: nostros proprios; servos alienos, qui sint civium Romanorum; item eos, qui ex nostris capti sunt ab hostibus: qui & ipsi servi sunt hostium.

XVI. Servi nostri proprii a nobis heredes institui possunt: *Inst. de her. inst. in pr.* nempe quia, ut cives Romani, instituuntur. Non enim instituuntur, nisi cum [5] libertate, ut sic prius fiant liberi, ac per hoc cives Romani, *§. ult. Inst. de lib.* sic deinde heredes: nec vero aliter institui possunt. *§. est tamen, Inst. de her. inst.* Unde est, ut si servum alienum liberum & heredem esse iusserim, & is postea meus effectus sit, neutrum valeat: quia libertas servo alieno inutiliter data sit. *L. si alienum, in pr. D. de her. inst.* Inde illud quoque, ut si servum meum pure heredem scripserim, sub conditione liberum, differatur institutio in id tempus, quo libertas data est. *L. 3. §. 1. D. de her. inst.* quamobrem &, deficiente conditione, exstinguitur institutio. *L. qui filio. §. pen. D. eod.* Et exstingui institutionem in hac specie admisit ex iure vetere Iustinianus, sive in potestate servi fuerit, sive in casum collata conditio. Illud de libertate servi in eadem specie constituit, ut, si conditio ex casu pendeat: hac non exsistente, non sit quidem heres servus, qui institutus est; nisi hereditas non sit solvendo; quo casu vult, eum domini caussa heredem ei fieri necessarium: at nihilominus servus fiat liber, quasi libertate ei per institutionem data. Hoc in *L. ult. C. de nec ser. her. inst.*

XVII. Quod tamen dicimus, non posse servos proprios heredes institui, nisi cum libertate, ut fiant heredes, in universum sic accipiemus, non, ut necesse sit, libertatem adscribi nominatim, sed ut si vel simpliciter heredes instituti sint, dum, libertate non detracta, intelligantur hoc ipso iussi esse liberi: quoniam iure aliter, quam cum libertate heredes esse non possunt. Hoc [6] Iustinianus in *L. quidam. §. 1.*

5) Quid autem si liber, & heres esse iussus, alienetur a vivo testatore vid. §. 1. *l.* *L.* 9. §. *servus* 16. *L. servum* 50. *D. h. t.* *L. servo* 43. *L.* 96. *de cond. & dem.*

6) Olim enim secus fuisse liquet ex Ulp. *tit.* 22. §. 7. Ratio triplex adsignatur ab Hot. *in pr. I. h. t.* 1. Quia hereditas nomen iuris in personam servi non cadens. 2. Dominus eum ludificari ac frustrari videtur. 3. Quia hic domini persona (qui est defunctus) mutuari nequit. Et Vult. *ib. n.* 4. Nec per se, inquit, institui poterat, quia nihil suum habere potest; nec ex persona alterius; quia hereditas, domino mortuo, loco dominæ, cui eamdem hereditatem acquirere absurdum est. Quamvis autem qui vult consequens, velle videtur & antecedens *L. 2. de iurisd.* libertas tamen non videbatur dici posse accessoria hereditati: sed immo principalior, Principale autem ex accessorio vires capere non potest *L. 10. D. de iure codicill. & simil.* A. Fab.

§. 1 C. de necess. ser. Inst. de her. inst. §. idemque, Inst. quib. ex can. man. non lic. Et hoc se constituisse primum scribit nova humanitatis ratione in *d. §. idemque quib. ex can. man. non lic.* Quid est igitur, quod idem scribit *Inst. de her. inst.* hoc se per innovationem non induxisse? Recte, & vere utrunque. Ius nimirum de hac re novum constituit: eoque & induxit, quia prius contrarium de plurium sententia obtinebat. Sed non induxit novam sententiam, idest eam, [7] quæ nulli placerer. Nam & hæc placebat Attilicino, tametsi non obtineret, ut ipse indicat in *d. Tit. de her. inst.*

XVIII. Non sunt in totum nostri qui sunt communes. Sed tamen favore libertatis placuit eidem Iustiniano, servum communem ab uno ex dominis manumitti posse ea lege, ut reliquarum partium æstimatio reliquis sociis solvatur iuxta formam ei rei datam. *L. 1. C. de com. ser. ma.* Cui consequens fuit, ut servus communis etiam ab uno ex dominis recte institueretur, & libertatem eadem conditione acciperet. Quod & ille eadem constitutione nominatim induxit.

XIX. Servi item alieni heredes a nobis institui possunt. *Inst. de her. inst. in pr.* & quidem aperte non tanquam cives Romani; quoniam non possunt institui cum libertate, quam his demus. Nemo enim alienum servum, quamvis, ut proprium manumittat, ad libertatem perducere potest, ut traditur in *L. 4. C. de his qui a non da. mom. sunt*. Quippe cum is solus liberari possit a nobis potestate, quem in potestate habemus. Sed nihilominus & hic in [8] persona servi alieni civis Romanus institui intelligitur. Qua ratione & cum alienis servis testamenti factio recepta est. Servo namque hereditatem iussu domini adeunte, ipsi domino statim hereditas acquiritur; perinde quasi ipse heres institutus esset. *L. acquiruntur §. 1. D. de acq. rer. dom. L. placet, D. de acq. her.* Quod ni ita esset, servi alieni institui heredes non possent. Inde dictum est, cum servis alienis esse testamenti factionem: sed ex persona dominorum. Scilicet ut institui possint, si dominos habeant, & eos, quos & ipsos heredes instituere potuissemus. *L. non minus, 31. in pr. D. de her. inst.*

XX. Atque hinc quæsitum primum de servis hereditariis, an hi a nobis heredes institui possint. Nam hereditarii dicuntur, quorum dominus mortuus est ita, ut necdum eius hereditas sit adita. *§. servus etiam, Inst. de her. inst.* Hi vere, & si naturam spectamus, dominos non habent. Non defunctum, qui morte desiit esse in rerum natura; non heredem futurum, quia, nondum adita, & quæsita hereditate, dominium rerum hereditariarum ad eum non transit. *L. cum heredes, D. de acq. poss.* hereditas porro natura nihil est, uti ius & universitas esse fingitur per se consistens: ut dominam eam esse dicere non possis. Sed quod ostendi pluribus in definitione hereditatis, ne commoda hereditaria depereant, dum non aditur hereditas; sic ea in universum pro commodo patrimonii accepta est, ut fingeretur domina quædam esse, quæ in ius defuncti successisse, eoque, & locum defuncti obtineret. Quam ipsam ob caussam & cum [9] hereditariis hujus-

A. Fab. *1, Iurispr. 6. Pr. 6. ill. 1. & 2.* ubi nimis audenter constitutionem Iustiniani *d. L. pe. C. de necess. serv. her.* adversari omnino rationi iuris, & *ill. 3.* audacius; Iust. qui *in pr. d. L. pe.* verecundiæ fines transierit, *in §. 1. vers. nos itaque eius d. L.* bene, & graviter esse impudentem. At hoccine est interpretem agere? Legislatoria si esset auctoritas Fabro, non tamen ita debacchari, & acerbe insectari veteris iuris auctores conveniret. Ubi hoc Iustinianum, aliosque Imperatores quando quid ex priori iure immutant, facere deprehendimus? Multo illi modestiores. Videamus an tantum ponderis sit illi Fabri rationi. Et, ut sit, nonne favore libertatis stricti iuris regulas (etiam fortiores forte qm illa est: Principale non capit vires ex accessorio) insuper haberi videmus? Quid autem si non sit? Principalior est libertas hereditate, scilicet præstantior, melior, dignior. Non est principalior ita, ut ceu accessorium secum trahat hereditatem: sed contra hereditas libertatem. Ludit nimirum Faber fallacia homonomiæ. Principale, immo hereditas est; libertas accessorium. Propter hereditatem enim liber fit servus: non heres propter libertatem. Nam & cum testamento adscripsit libertatem defunctus, censetur eo motus, libertatem servo dedisse, ut eum haberet heredem. Non contra ideo hereditatem ei reliquit, ut esset liber. Ast præstantior est libertas? Est. Sed, nonquid res aliqua principalis sit, an accessoria, æstimandum simpliciter ex pretio & æstimatione? Nonne ædificium magnifice etiam extructum vili areæ cedit? Nonne & fideiussoria obligatio accedens naturali, efficacior est principali? Quid multis? Si firma est ratio Fabri, nonne ei plenissime locus erit in tutoris datione? Et tamen, ex ipsuma iuris ratione, servo tutori simpliciter dato, libertatem obtingere, Faber ipse non diffitetur *L. Iurispr 12. Pr. 1. Ill. 42.* (Vid. *not. supra lib. 3. C. 4. N. 15.*) tametsi *d. Pr. 6. Ill. 2.* sui immemor, scribat duplicem favorem & libertatis & pupillorum id ibi invita iurisprudentia extorsisse.

7) Ita & Myns. *ad §. idemque 2. I. quib. ex c. man. non lic. n. 1.* Vult. *in pr. I. h. n. 4.* placuisse idem ante Iustinianum nonnullis paucis, non autem receptum fuisse. Et recte, nam si ante pluribus placuisset, eorum sententia ius fecisset *§. Responsa 7. inst. de I. N. G. & Civ.* Aliter Hot. *in pr. I. h. t.*

8) *L. 3. pr. h. t. 62. §. ult. de acqu. her.* Hot. *ad §. 1. vers. alienus I. h. t.* Servi, ait, personam quidem non habent: sed persona dominorum eis tantisper accommodatur *L. 44. de cond. & dem.* & ex ea quasi personantur. In his igitur institutionibus duæ quodammodo personæ: vera domini, & fictitia, ac imaginaria servi. Et duo heredes; unus naturaliter: servus, qui & adire cogitur, cum aditio sit facti: alter civiliter, dominus.

9) *L. 52. L. 64. h. t. L. 82. §. ult. de legat. 2.* quia tunc etsi directo nequit, personam mutuari a domino, qui jam nullus est, per interpositam tamen hereditatem, quæ defuncti personam sustinet, mutuatur. Hot. *d. lo.*

huiusmodi servis testamenti factio admissa est: nimirum ex persona dominæ, ac veluti defuncti. *d. L. non minus*, 31. §. 1. *de her. inst. d. §. servus etiam*, *Inst. eod.*

XXI. Videtur tamen 10 servus recte institui, etiam si sit eius, qui capere non potest. Nam institutus, si ante quam iussu domini adeat hereditatem, manumissus, alienatusve sit, & nihil in fraudem legis factum sit, ipse admittitur ad hereditatem, ut totidem verbis scriptum est in *L. si servus eius*, 82. *D. de acq. her.* Et hoc verum est. Sed hoc eo fit, quod & qui capere non possunt, & eorum servi non recte instituuntur pure, de quo nunc agimus: at recte instituuntur sub conditione: ut si tempore existentis conditionis capaces esse cœperint, valeat institutio, ut paulo post dicetur. *L. in tempus*, *D. de her. inst. L. pen. D. de reg. Cat.* Porro servus institutus semper sub conditione institui intelligitur; ut, si *eodem statu maneat*, dominum præsentem heredem faciat; si *alienetur*, acquirat hereditatem novo domino: si *mutata conditione pervenerit ad libertatem*, acquirat sibi, *L. si paterfamilias*, *D. de acquir. hered.* Quo fit, ut alienatus, vel manumissus postea, ex conditione institutionis recte admittatur, qui eo tempore in ea caussa est, ut recte capere possit vel novo domino, vel sibi.

XXII. Qui ab hostibus capti sunt, etsi sunt servi hostium: *L. adeo*, *D. de ac. rer. dom.* tamen & ipsi heredes institui possunt. *L. illa institutio*, 32. §. 1. *D. de her. inst.* Scilicet quia & hic intelligitur civis Romanus esse institutus beneficio postliminii. Nam, si captus decedat apud hostes, nulla institutio est. Si redeat, iure postliminii perinde habetur, quasi in civitate semper mansisset. *d. L. illa institutio*. §. 1. §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. ius pat. pot. sol.*

XXIII. Qui nam ergo servi relinquuntur, qui heredes institui non possint, ut necesse fuerit dici a nobis servos, quia cives Romani non sunt, heredes institui non posse? Hi nimirum, quorum in persona nemo, nisi servus, intelligitur institui, qui nec institui possunt a nobis ut liberi, nec cives Romanos dominos habent. Tales sunt, qui damnatione 11 servi pœnæ effecti sunt. Nam cum non sint nostri, non possunt institui a nobis cum libertate. Rursum ita non sunt nostri, ut nec sint alieni. Dominos enim non habent, utpote servi pœnæ non Cæsaris. Unde placuit hos institui non posse, & institutos pro non scriptis haberi. *L. 3. D. de his, quæ pro non scr. hab. L. sunt quidam. D. de pœn.*

XXIV. Alterum genus peregrinorum est eorum, qui ita sunt liberi, ut civitatem non habeant. Sive quod imperio subiecti non sunt, sive, quod cum cives essent, civitatem habere desierunt. In hoc numero sunt hi: hostes; deportati; in publicum opus perpetuo damnati; hæretici ii, de quibus cautum est certis constitutionibus; & apostatæ. Hostes peregrinos esse idest, non ex orbe & imperio Romano constat, idque vel ipsum nomen hostis satis indicat. *L. amissione*, §. 1. *D. de cap. min.* Ideo hostes frustra heredes instituuntur. Unde, si is, qui captus est ab hostibus a nobis institutus, ibi decedat, nulla institutio est, ut significatur per contrarium in *L. illa institutio*, §. 1. *D. de her. inst.* nempe ideo, ne per eum acquiratur hostibus hereditas: quod ius non concedit. Hostium numero sunt transfugæ; item qui a Senatu 12 hostes iudicati sunt. *d. L. amissione*, §. 1. *de cap. min.* Proinde nec hi heredes institui, aut ex testamento cives Romani quidquam capere possunt. Deportati, & in opus publicum perpetuo dati, ut sunt qui moribus nostrorum temporum ad 13 remos perpetuo damnantur, damnatione civitatem amittunt; fiuntque, qui dicuntur

10) Quod noster, ut videtur, intelligit de servo omnino incapacis, exemp. gr. deportati, ei non accedo. Nam LL. simpliciter negant, esse testamenti factionem, cum servo, si cum domino non est, *L. 31. pr. L. 52. h. t. L.* 82. §. *ult. de legat*, 2. Unde & servus plurium, si non cum omnibus testamenti factio, illis tantum acquirit, cum quibus est *L.* 49. §. 1. *h. t.* Recte Vigl. *in* §. *servus* 3. *I. h. t. n.* 3. & Vult. *in pr. l. h. n.* 5. accipiunt *d. L.* 82. de eo domino, qui non omnino incapax, & testamenti factione caret: sed forte aliquo casu eius hereditatis, vel portionis, de qua illic agitur, capax non est. Et Gilb. *Reg.* 2. *Enant.* 17. ex inscriptione probat *d. L.* 82. pertinere ad L. Iuliam & Papiam, quæ non vetat cœlibes institui, sed caducum facit, nisi intra certa tempora uxorem duxerint. Et ita incapaces sunt, non ἀπλῶς sed *κατὰ τι*.

11) Servi autem publici, quibus olim ex dimidia parte testamenti faciendi ius, vid. *not. supr.* C. 5. *N.* 3. & ex aliorum testamento, sibi capere poterant ex parte dimidia; vid. Pithœ. *in Not. Tit.* 5. *Coll. LL. Mosaic.*

12) Sunt enim hi hostes interni. A. Gentil. 3. *Lect.* 18. Unde Cic. *Philipp.* 2. Antonium hostem togatum vocat. Huiusmodi hostes omnes perduellionis (non autem levioris, & simplicis criminis maiestatis) rei *L.* 11. §. 3. *de his qui not. infam. L.* 1 *C. de bon. lib. L.* 8. §. 2. *de pœn. L. ult. D. ad L. Iul. maiest.* ex ipso tempore admissi. *L. ult. C. ad L. Iul. maiest.* Unde sequitur, hereditatis esse eos incapaces, & frustra quæri a DD. an perduellionis reus a patre exheredari possit: absurde autem a pluribus id negari, necessario eum instituendum contendentibus, qui nec institui potest. Vid. P. Theodore *Disp. Crim.* 5. *me respondente habitam*. *Th.* 6. *lit. D.*

13) Et banniti ab Imperatore vel Camera imperiali, Sich. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 10. *& seqq.* Gail. *Lib.* 2. *de Pace publ. C.* 1. *&* C. 12. & passim, & de institutione deportatorum Gilken. *de Praesc. P.* 3. *C.* 6.

tur græcis ἀπόλιδες, fine civitate. *L. funt quidam in fi. D. de pœ. §. cum autem, Iuft. quib. mod. ius pat. pot. fol. L. 2. §. 1. D. de pœ.* Quamobrem nec hi inftitui poffunt heredes, tanquam peregrini. *L. 1. C. de her. inft. dict. L. funt quidam, de pœ.* In eadem cauffa funt hæretici; non omnes, fed ii, de quibus cautum eft nominatim *L. Manichæos*, & *L. Arriani. C. de hær. & Mani.* quibus etiam conftitutionibus vetantur quidquam capere ex teftamento reliquorum civium. Non alia de cauffa, quam quod in numero civium non habentur: inde exempti conftitutionibus. Quod intelligimus ex *d. L. Manichæos*. Ubi vetantur quidquam commune habere cum cæteris. Qui cum cæteris commune nihil habent, hi funt, qui iuris civilis communionem non habent; feu qui non habent ea, quæ funt iuris civilis. Atqui hi funt, qui dicuntur ἀπόλιδες, quo in genere funt deportati *d. L. funt quidam, de pœ.* Eodem numero cum hæreticis fuperioribus funt apoftatæ, ideft, qui in totum a fide chriftiana defecerunt. De quibus cautum in *L. 1. L. 3. C. de apoft.*

XXV. Reliqui funt cives Romani, & civium Romanorum fervi: cum quibus conditione perfonæ teftamenti factio eft: qui & ipfi propterea heredes inftitui poffunt. Sed tamen & ex hoc numero certis de cauffis quidam excepti funt: ut neque omnes cives Romani indiftincte poffint inftitui, neque omnes fervi noftri, quamvis fervi civium Romanorum. Ex civibus Romanis quidam funt, qui cum conditione perfonæ teftamenti factionem habeant, & poffint heredes inftitui, tamen non fine exceptione poffint. Quorum quatuor funt fpecies.

XXVI. Prima eft eorum, qui a quibufdam inftitui omnino non poffunt, nec quidquam ex eorum teftamento capere. Id vice mutua conftitutum inter eos, qui inceftas & vetitas nuptias contraxerunt, & inter hos, ac liberos inde procreatos; ut neque vir mulieri, neque mulier viro, neque uterque iis, qui inde editi fint, relinquere quidquam poffit. *L. fi quis inceft. C. de inc. nup.* Secunda eorum, qui poffunt per fe inftitui in folidum, & ab omnibus; fed certo quodam modo & certa adita cauffa non poffunt. Is eft [14] princeps: qui inftitui ab omnibus, & quovis alio modo poteft, ut privati poffunt. *L. non dubium, C. de tefta.* uno hoc modo non poteft, ut litis cauffa inftituatur. *§. ult. Iuft. quib. mod. teft. inf.* Ratio reddita in *L. pen. D. de her. inft.* quia invidiofum eft principi, & calumniæ materiam præbet. Invidiofum eft, quod nihil æque invidiam creet potentibus, quam fi oftendere velint in cauffa tenuiorum, quid poffint. Calumniæ materiam habet, quia facile improbiffimi quique calumniofam litem intentaturi fint, in qua & fperent fe heredefve fuos cauffam obtinere poffe per principem, fi femel recipi cœperit, ut eius litis cauffa principem inftituere heredem liceat.

XXVII. Tertia eorum, qui fine exceptione & per fe, & quovis modo ab omnibus inftitui poffunt, fed non folidum ex quorundam teftamento capere, quales plerique commemorantur in fragmentis [15] Ulpiani Tit. de *folidi capacitate*; & *præcedenti*. Id ius hodie in cæteris perfonis fublatum ex libris noftris, qui ius civile continent; folum manfit in naturalibus liberis, qui fufcepti funt ex ea muliere, cum qua connubium fuit. Hi ab omnibus inftitui folidum capere [16] poffunt, præter quam a patre naturali. De quo cautum eft

14) Et ita exceptio hic eft regulæ, quæ in *L. 8. §. 3. de alim. iud. mut. ca.* Duar. *h. t. c.* 2. reprobans interpretationem: Connan. 10. *Comm.* 6. *n.* 6. quafi hanc inftitutionem fieri non debere admoneat tantum ICt. fi tamen fiat, inutilem effe non ftatuat. De Principis inftitutione quando non fubfiftat late Ant. Fab. 68. *de Err. Prag.* 3. *& feqq.*

15) Imprimis autem cœlibes & orbi. Quorum illi ex *L. Iulia & Papia de maritand. ordinib.* nihil capere poterant, nifi genere proximi effent: ita tamen nifi intra 100. dies legi parerent Ulp. *tit.* 17. Hi vero ab extraneo non nifi dimidiam partem relictorum capiebant; altera fiebat caduca. Coniunx vero coniugi non nifi decimam relinquere poterat Ulp. *tit.* 15. ex lege decimaria, fublata *L. 2. C. de infirm. pœn. cælib.* vid. Balduin. *de Lege Iulia Papia Poppæa* Goth. *ad Ulp. Tit* 15. *& 2. feq.* Olim & generatim mulieres, etiam filiæ, fupra quadrantem inftitui vetabantur lege Voconia, de qua Cic. *Verrina.* 3. *& in eam* Afcon. *p. m.* 40. quæ & maiorem centum millibus nummûm hereditatem fœminis adire vetuit Dion. *Lib.* 56. *p. m* 576. vid. P. Fab. *ad L. 2. de R. I. n.* 1. P. Greg. 42. *Synt.* 35. *n.* 17. Eam legem fuafit Cato Cic. *in Senect.* Agell 7. *Noct.* 13. *& Lib.* 17. *C.* 6. ut muliebrem infolentiam, cuius is acerrimus hoftis, compefceret; Balduin. *de Lege Voconia*.

16) Etiam olim *L. Lucius* 45. *de vulg. L. 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Zaf. *in d. L.* 45. Hot. *Difp. de fpur. C.* 3. Toming. *Decif.* 48. *n.* 16. Nam quod Alc. 4. *Parerg.* 6. putat nothos olim iure civitatis caruiffe per Nov. 89. *pr.* licet probetur a Fabro. *ad. L. 17. de fta. hom. & 1. Iurifpr. 3. Pr. 4. & Tit. 9. Pr. 2. Ill.* 1. ubi totis viribus contendit olim omnino inftitui non potuiffe, & nec hodie poffe ab extraneis, eis tamen non affentior. Nam certe conftat, illos matris conditionem fequi: atque ita liberos effe *L. 24. de fta. hom.* Ergo & cives per *L. 17. de ftat. hom. & per §. ult. I. de libertin. in fi.* ubi fola civitas Romana dicitur effe libertas. 2. In decuriones adlegi poterant *L. 3. §. 1. L. 6. de decur.* Hot. *d. C.* 3. 3. Matri & cognatis maternis iam olim femper fuccefferunt, ut & hi illis *L. 2. & L. 4. D. Unde cogn.* Non civibus autem nec fucceffio inteftati obvenit. Obiicitur *d. Novella* 89. *pr.* ubi ante Conftantinum dicitur naturalium nomen fuiffe πανταλῶς ἀλλότριοι τῦ πολιτεύματος. omnino alienum a iure civitatis. Zaf. *in d. L.* 45. *n.* 3. audacter id non effe verum. Etfi Iuftinianus cum omni fua aula dixiffet. Se ICto *in d. L.* 45. plus credere quam Iuftiniano. Si concubinatus ante Conftantinum receptus, etiam fpuriorum nomen, quia qui vult antecedens &c. Sed modeftius agamus. Hot. *d. C.* 3. ibi id dun-

est, *Novell. quib. mod. nat. eff. fui*, §. *discretio*. ad hanc summam: ut si testator habeat filios legitimos, filiis naturalibus non amplius possit relinquere, quam unciam unam; sed nec amplius his, & matri ipsorum, si simul cum matre instituantur. Sin testatori sint tantum parentes, liceat ei filios naturales instituere ex octo unciis: ut reliquæ quatuor relinquantur parentibus nomine legitimæ portionis: quæ ex constitutione Novella Iustiniani cœpit esse triens, idest, quatuor unciæ hereditatis. *Novell. de tri. & sem.* §. 1. Quod si neque liberi legitimi, neque parentes testatori sint, placet [17] filios naturales ab eo in solidum institui posse. Eadem in matrem licet conferre iisdem conditionibus: uno hoc excepto, quod cum testator liberos legitimos habet, placet matrem liberorum naturalium non posse capere ex testamento eius, nisi dimidiam unciam, etiamsi nulli liberi naturales superfuerint, qui illi alteram dimidiam auferant, ut est in dict. §. *discretis*.

XXVIII. Postrema species est eorum, qui in solidum possunt a quibusvis, & quovis modo heredes institui; sed a quibusdam instituti ita fiunt heredes, ut hereditas his auferatur ut indignis, & vindicetur fisco. Quod accidit, cum mulier adulterio cognita est. Nam sive ea virum, a quo est cognita, instituat heredem, sive vir illam, hereditas aufertur instituto, & ad fiscum pertinet. *L. Claudius*, *L. mulierem*, *seq. D. de his*, *quæ ut ind.*

XXIX. Sed nec servi civium Romanorum omnes institui possunt. Duo genera servorum propriorum excepta. Primum servus adulterio cum domina [18] maculatus. Is vetatur constitutionibus a domina manumitti. Unde intellectum est, vetari eum quoque a domina heredem institui. Non enim potuit institui sine libertate. §. *est tamen. Inst. de her. inst.* Alterum genus est eorum servorum, qui sunt eius domini, qui solvendo non est. Nam lege Ælia Sentia prohibetur dominus, qui solvendo non est, servos suos in fraudem creditorum manumittere. Eoque & heredes instituere testamento, cum, ut dixi, non possit instituere nisi cum libertate. Solum hoc ei permissum est, ut possit unum servum heredem instituere ita, ut liber fiat, heresque ei solus & necessarius. Qui locus explicatur in *Inst. quib. ex cau. man. non lic. in pr.* & deinceps. Ad quam speciem pleraque capita referuntur in Pandectis sub Tit. *de her. inst.* quæ legendo facile notari possunt; quo ex genere *L. 55. 57. 83. 88. eod. Tit.*

XXX. Quæ tamen de his, qui heredes institui non possunt, hucusque diximus, omnia sic accipienda sunt, ut frustra sit institutio, si hi instituti sint pure, & simpliciter. Quod si instituantur sub conditione, *si capere poterunt*, vel *cum capere poterunt*: benigne receptum est, valere institutionem. *L. in tempus*. *D. de her. inst.* Ut, si deportatus institutus sit hac conditione, valeat institutio, & admit-

duntaxat ius intelligi, quod ex agnatione per *d. L. 4. D. Unde cogn.* Puto ego πολίτευμα in *d. Nov. 89. pr.* non significare ius civitatis, siculi cum Apostolus *ad Philip. 3. v. 21.* scribit: πολίτευμα nostrum esse in cœlis, sed rempublicam, ut redditum est in versione vulgata, quæ & proprie illius vocis significatio. Io. Scapula *in Lexico*. Sensus hic. Non magnæ curæ fuerunt priscis legum latoribus filii nothi, & naturales, nec de iis quidquam quoad successionem disposuerunt. Unde sequitur, illos ante Constantinum habuisse testamenti factionem, non autem successionem intestati Et illam quidem, ut ex cuiusvis, etiam parentum testamento (si nihil aliud obstaret) ex asse heredes scribi possent, ut recte Cuiac. *ad 2. partem Nov. 92.* Postquam enim activa testamenti factio cuivis patrifamilias ex L. 12. tabb. passiva cuivis civi *L. 1. pr. ibi: quicunque civis Rom. civi Romano legare volet &c. ad L. Falc.* generatim concessa erat. Inter cives autem essent, & illegitime nati, consequens, ut, & cum his fuerit testamenti factio: modo alia specialis lex ius capiendi non ademerit. Sic enim ne orbi, cœlibes, mulieres, &c. solidum capere possent vid. *N. praeced.* disertis sanctionibus & LL. Iulia Papia, decimaria, Voconia cautum erat. Nulla autem omnino constitutio ante Constantinum quæ quidquam de spuriis disponeret, ipsomet Imp. Iustiniano teste *d. Nov. 89. pr.* Alia ratio successionis intestati. Hæc cum lege obveniat, nulli competit, nisi cui lex defert. Defert autem lex non simpliciter civi Romano, sed illi civi, qui eius, cui succeditur, est filius, parens, agnatus. Quare a successione paterna & cognatorum non tam LL. veteres removerunt naturales, quam non vocarunt, quod nec filius esset; cum pater eo iure extra nuptias non sit, nec agnatus. Sicuti & emancipatum ius civile non vocat, nec ulla lex lata ad emancipatum excludendum, qui eo ipso satis exclusus, quod non vocaretur §. 9. *I. de hered. ab intest. & simil.* Postea autem Prætor, uti filium emancipatum ad patris successionem data bonorum possessione admisit, ita & naturalem, non quidem ad patris naturalis, sed matris & cognatorum *L. 2 Unde cognati*. Et ita licet naturalium nomen Romanæ legislationi, & Constitutionibus non esset curæ, ut *d. Nov. 89.* loquitur, curæ tamen erat, aliquatenus saltem, prætori *d. L. 2. & L. 4. Unde cogn.* Quæ non pugnant. Prætor enim ius condendæ legis nunquam habuit. Turamin. *Lib. sing. de LL. P. 2. C. 3. n. 33. & seqq.* vid. *not.* sup. *Cap. 8. N. 9. Lib. 1.* Ius igitur ante Constantinum hoc ut ex testamento naturales. Liberi cuivis, sive extraneo sive parenti (non tamen ut parenti) naturali: ab intestato vero nec patri (quippe qui iure nullus esset) nec cognatis heredes esse possent, a prætore tamen ad bonorum possessionem matris & cognati vocarentur. Constantinus autem capiendi ex testamento parentum licentiam non induxit, sed restrinxit in *L. 1. C. de naturalib. lib.* ut & Arcad. & Honor. *in L. 2. C. d. t.* quod & ex intentione ipsorum, quæ fuit coercere hac ratione, & reprimere vagas libidines, & ex ipsis LL. verbis non obscurum est. Quoad institutiones autem extraneorum nihil innovarunt. Sequentes deinde Impp. leniores & Iustinianus etiam benignior fuit spuriis: ut, & quod veteres LL. non sinebant, interdum hereditatis intestati partem illis acquirere permitteret *L. 4 5. 6. 7. 8. & Auth. licet, C. de natural. lib. d. Nov. 89. c. 12. & 15.* Et ita videtur.

17) De spuriorum institutione a parente facta, fuse Simon de Prætis *Lib. 3. de Interpr. ult. volunt. Interpr. 1. Dubitat. 3. Solut. 2. tota* P. Greg. 42. *Synt. 35. n. 6. & seqq.* Vasq. 3. *Ill. Contr. 102. n. 7. & seqq*

18.) *L. 48. §. 2. h. t.* Ratio ne ante iudicium adulterii terminatum torturæ subducatur. Hot. *in pr. d. h.*

mittatur institutus ad hereditatem, quandocumque institutus civis Romanus esse cœperit. Idem & de cæteris intelligendum est; ut iis, qui iudicati sunt hostes, ut Manichæis, Arrianis, apostatis: qui rursum aut restitutione principis, aut conversione vitæ in civitatem redierint. Idque est, quod dicitur, regulam Catonianam, quæ vult quod ab initio non valuit, tempore non confirmari, ad conditionales institutiones non pertinere. *L.* 1. *L. pen. D. de reg. Cat.*

XXXI. Quid tamen, si isti omnes pure instituti sint, & sine superiore conditione, cum capere poterunt? Hic quæsitum est de vi institutionis: utrum scilicet perinde habendi sint, quasi omnino instituti non essent, nec quidquam noceat institutio iis, ad quos sine horum institutione perveniret hereditas; an vero, quasi his non recte institutis, hereditas ad fiscum pertineat. Non enim de his idem constitutum videtur.

XXXII. Et de servo eius, qui capere non potest, ita placet, ut, quamvis pure sit institutus, tamen institutio valeat, ut vel alienatus, vel manumissus admittatur ad hereditatem. *L. si servus* 82. *D. de acq. her.* Quod sane non alia ratione defenditur, quam quod in hac institutione inest tacite hæc conditio ex sententia testatoris servo consultum voleutis, ut, *si maneat eodem statu*, acquirat hereditatem præsenti domino, si potest; *si alienetur*, acquirat novo domino: *si manumittatur*, acquirat sibi, ut supra diximus. *L. si paterfamilias, D. de her. inst.*

XXXIII. De deportatis, qui ipsi liberi sunt (quod ad omnes peregrinos pertineat) scriptum est in *L.* 1. *C. de her. inst.* eos, qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrinos capere non posse: sed hereditatem in ea caussa esse, in qua esset, si scripti heredes uon fuissent. At si hi scripti non essent, hic esset ordo futurus, ut, si alii scripti essent, soli essent heredes. Si nulli alii essent scripti, aut non exstitissent heredes, hereditas pertineret ad legitimos. *L. in plurium, D. de acq. her. L.* 1. *D. si tab. test. nul. ext.* nec prius invitaretur fiscus, quam isti omnes exclusi essent. *L.* 1. *in pr.* & *§. qui semel. D. de succeff. edict.* Quare, & deportatis heredibus institutis, idem exitus futurus est. Eoque nec hereditas ad fiscum pertinebit. Idque & de heredibus, deque omuibus iis, qui pro non scriptis [19] habentur, diserte traditum est in *L.* 3. *D. de his, quæ pro non scrip. hab.* *L. unica, §. in primo, C. de cad. tol.*

XXXIV. Huic tamen sententiæ opponuntur loci duo, de quibus quam brevissime poterit, dispiciendum est. Primum *L. cum quidam, D. de his, quæ ut ind. au.* ubi ita scriptum est; *cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat: quamvis institutio non valeret; heredibus tamen ut iudiguis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem.* Et diligenter verba priora observanda sunt: quæ recte expensa rem expedient. Non dicitur, *cum quidam scripsisset heredes, qui institui non poteraut*: sed *quos instituere non poterat.* ἐμφατικῶς *quos ipse instituere uon poterat*, ut intelligamus, agi de heredibus, qui conditione sua institui poterant: verum iis, quos testator ob privatas caussas instituere non poterat. Qualis est is, qui instituit mulierem, quam adulterio cognoverat. In huius & similium persona vere dicitur, hereditatem ut indignæ auferri, & vindicari fisco. *d. L. Claudius.* & *L. mulierem, D. de his qua ut ind.*

XXXV. Obstat præterea *L. si deportati.* 7. *in pr. D. de leg.* 3. ubi scriptum est: *si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum id pertinere.* Licet hinc sic colligere: si fideicommissum deportati servo relictum ad fiscum pertinet: etiam huic servo hereditas relicta similiter ad fiscum pertinebit. Nam si fideicommissum servo deportati relictum, a deportato transfertur ad fiscum; absurdum est, dici hereditatem servo deportati relictam apud deportatum manere, nec ad fiscum transferri: cum fideicommissum citius manere debuerit, ut quod magis nitatur fide & iure gentium, quam iure civili; *Inst. de fid. her.* deportatus autem ea, quæ sunt iuris gentium, habeat, non quæ iuris civilis. *L. sunt quidam, D. de pœ.* Aut si dicemus, fideicommissum deportati servo relictum ideo transferri ad fiscum, quia primo in persona fisci constituerit: nihil caussæ dici potest, cur & hac ratione non dicamus, hereditatem ei servo relictam ad fiscum pertinere; quia cum servis alienis uon minus est testamenti factio in institutione heredum, quam in legatis & fideicommissis. *L. non minus, D. de her. inst. §. legari, Inst. de legat.* Et hoc verum puto. Atqui hoc posito sic recte colligi videtur: si deportati servo relicta ad fiscum

19) Cuiac. 7. *Obs.* 31. *circ. fin.* ubi tamen aliud esse dicit in fideicommissis tacitis & in fraudem legis relictis *L.* 1. *pr. de I. Fisci L.* 3. *C. ad L. Falc.* vid. & Alvar. Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 15.

fiscum pertinent; etiam quæ deportato ipsi relicta fuerint, ad fiscum pertinere. Quoniam quæ deportati servo relicta sunt, non alia de caussa valent, quam quod videantur deportato relicta: utpote ex cuius persona relictum valeat. *d. L. non minus, D. de her. inst.* ut sic plane intelligatur relictum; cum in persona deportati constitisset, sic deinde ab eo ad fiscum transferri. Quod si id, quod per alium relictum est deportato, ei aufertur, quia in eo constiterit: multo magis cum ei recta relictum erit, & consistet in eo, & ab eo ad fiscum transferetur. Ad hæc fit hoc responsum: Quæ deportati servo relicta sunt, valere, sive sit heres institutus, sive fideicommissum ei relictum, & valere hac lege, ut ad fiscum pertineat. Sed non ideo consequens esse, valere eodem modo, si quid relictum sit ipsi deportato. Recte ex priore colligeretur hoc posterius; si quidem deportati servo relictum ex persona deportati valeret, ut esset cum deportati servo testamenti factio ex persona deportati. Quod secus est. Deportati servus, qui forte illi post deportationem aliquo modo iure gentium quæsitus est (ut deportati habent ea, quæ sunt iuris gentium. *d. L. sunt quidam, D. de pœn.*) hic, inquam, servus vere per omnia deportati non est, sed fisci. Etsi enim deportatus hunc habet, eoque utitur, fruitur pro domino, quamdiu vivit, usque adeo, ut possit alienare, ut dicitur in *d. L. si deportati*; & manumittere; ut utrunque videtur significari in *L. si servus eius*, 82. *D. de acq. her.* tamen, mortuo eo, & servus, & cætera eius bona, si quæ post priorem publicationem bonorum acquisivit, iterum redeunt ad [20] fiscum, & hoc modo publicantur: ut effectu fiscus in his quæ supersunt, vere fit dominus. *L. 2. C. de bon. proscrip.*

XXXVI. Quod ergo servo deportati relictum ad fiscum pertinet, non eo fit, quasi relictum sit deportato, ut inde auferatur tanquam indigno, & fisco vindicetur: sed magis quasi relictum fisco vere domino; qua de caussa & legatum fisco acquiritur, ut solent res cæteræ per servos dominis acquiri. Quod, si deportato relictum non intelligitur; ne hinc quidem colligi potest, quia deportati servo relictum pertinet ad fiscum, ideo & relictum deportato ad fiscum pertinere. Manebit igitur, eos, quos diximus, non posse institui heredes: si instituantur, sic pro non scriptis haberi, ut institutio nihil egerit; nihil noceat, inquam, aut substitutis, aut aliis coheredibus, aut heredibus legitimis: denique hereditas ad fiscum non pertineat. Præterquam si servus institutus sit eius, qui capere non poterat: aut instituti cives ii, qui ideo institui non potuerunt, quia testator privatis de caussis instituere eos prohibebatur, iuxta ea, quæ de hac specie supra diximus.

XXXVII. Qui in supra scripta caussa non sunt, id est, qui sunt cives Romani, aut Romanorum civium servi, qui iidem non sint in numero eorum, quos ex utroque genere excepimus, omnes recte & utiliter institui possunt. Etiamne qui testamentum facere non possunt, ut furiosus, prodigus, pupillus, filiusfamilias? Etiam. Nihil enim prohibet, quominus qui testamentum facere, aut testamento dare non potest, possit ex alieno testamento acquirere. *L. filiusfamilias, D. qui test. fac.* Atqui hi testamenti faciendi ius non habere dicuntur: *L. qui in potestate. L. si filiusfamilias, D. qui test. fac. pos.* Quod nihil aliud est, quam eos testamenti factionem non habere. §. *testamenti autem. Inst. de her. qual. & diff.* Non possunt autem heredes institui, nisi ii, cum quibus testamenti factio est, ut diximus: seu qui iidem testamenti factionem habent. Sed non pugnant hæc inter se: habent enim isti testamenti factionem, & non habent, diverso sensu in his verbis usitato. Non habent testamenti factionem, ut faciant ipsi testamentum. Iidem habent testamenti factionem, quia habent cum aliis constitutum, quo ex eorum testamentis capiant. Quæ ambiguitas verbi sic explicatur in *d. §. testamenti autem, de her. qual. & diff. d. L. filiusfamilias, D. qui test. fac.*

XXXVIII. Hoc loco de quibusdam generibus dubitatum olim fuit: in summa tribus: de *incertis personis*; de *ho-*

20) Hæc solutio non satisfacit. Ut enim quis per servum acquirat hereditatem, requiritur ut sit dominus, non ut aliquando fore speretur. Hic autem in præsenti vere dominus est deportatus, cum manumittere possit, qui proprissimi domini effectus est. Fisci igitur servum esse dicere non potest, nisi qui concursum domini (ut sic loquar) duorum in eodem servo admittere velit. Convenientius fore dici potest, hoc legatum sustineri ceu sub conditione tacita, *cum ipse capere poterit, vel alii acquirere*; quanquam & hoc difficultate non vacare infiteri nequeo. Conn. 2. *Comm.* 3. *n.* 10 accipit *d. L.* 7. de relicto servo civis, qui post testamentum conditum deportatus. Quod verba vix admittunt. Novam interpretationem *d. L.* 7. post hæc scripta legi apud A. Fab. 74. *Err. Pragm.* 8. *& seq.* ad fiscum pertinere non a die mortis, sed eo casu ac tempore, quo is fisco acquiratur, deportato videlicet citra restitutionem, defuncto.

mine testatori penitus ignoto; de *publicis corporibus*, ut civitatibus; vicis; collegiis. Fuitque tempus, cum hi omnes non omnibus viderentur heredes institui posse, De quibus hodie & ius certum est, & vetus dubitatio sublata,

XXXIX. Primum de incertis personis, certo placebat olim, his relinqui nihil posse; quia iudicarent veteres, oportere certum esse iudicium testatoris. *L. qui in testamento. D. qui test. fac. pos.* Ulp. *in fragmentis*, Tit. *qui her. inst. pos.* qui locus explicatur in *§. incertis vero. & seqq. Inst. de legat.* Iustinianus hoc ius emendavit, effecitque, ut omnibus incertis [21] relinqui posset. Id enim significat in *§. sed nec huiusmodi. Inst. de legat*, uti profitetur se hanc speciem non sine iusta emendatione reliquisse: sed se ei parti remedium attulisse non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis. Item in *§. incertis vero. eod. Tit.* ubi scribit, incertis personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum fuisse. Frustra dicit, *olim non fuisse concessum*, si nec hodie concessum est.

XL. Quaesitum etiam: an *ignotus testatori*, & maxime si sit *extraneus*, heres possit institui? Dubitatio ex priore iure nata. Videri enim possit, incerta persona esse, de qua testator certum non habuit. Et iam olim obtinuit institui posse quamvis extraneum, & penitus ignotum. *§. ult. Inst. de her. inst. L. extraneum. 2. C. eod.* Certa enim persona hic designatur, licet testatori ignota. Veluti, si instituat *Titii filios* [22] *peregrinantes*, quos nunquam vidit. Quo exemplo Iustinianus utitur in *d. §. ult. de her. inst.*

XLI. Ex eadem caussa vetus dubitatio fuit, an *civitates, municipia, vici, collegia* heredes institui possent. Ex quasi haec quoque incerta corpora essent, quam rationem Ulpianus reddit in fragmentis, placebat institui [23] non posse. Tantum Senatusconsulto illis concessum erat, ut a libertis suis heredes institui possent. Item ut fideicommissa hereditas his relinqui. Auctor Ulpianus *d. Tit. qui hered. inst. pos.* significatur idem in *L. omnibus L. 6. §. si fisco. D. ad S. C. Treb.* Hodie quibuscumque constitutionibus, & quandocumque primum id effectum sit, certe constat & *civitates*, & *collegia licita* institui [24] posse. *L. hereditatis, L. collegium. C. de her. inst.* Omnia ergo haec corpora recte instituuntur, quia in his intelliguntur institui cives Romani, cum quibus est testamenti factio. Ut iam summa huc redeat: cives omnes Romanos praeter eos, qui supra expositi sunt, recte heredes institui, tam *ignotos* quam *notos*, & tam *incertos*, quam *certos*.

XLII. Sed possunt qui cives Romani ab initio recte instituti heredes erant, postea, vivo adhuc testatore, aut saltem ante aditam hereditatem, fieri peregrini. Quaeritur ergo hoc loco, si civis Romanus recte initio institutus heres, postea deportetur in insulam, aut damnetur in opus publicum, aut quid eorum ei contingat, propter quae peregrinum fieri, & heredem institui non posse diximus, deinde restituatur in civitatem: utrum dicendum sit, institutionem valere, quia nunc coeperit iterum civis Romanus esse, cum quo testamenti factio est? An vero non valere, quia aliquando civis Romanus esse desierit, id est quia semel redierit institutio in eum locum, a quo incipere non poterat? Ad hoc explicandum haec definitio tradita est a veteribus, omninoque ad hunc locum atque hunc usum ea referri debet: In extraneis heredibus hoc observari, ut sit cum eis testa-

21) Quod non video quomodo conveniat ei, quod noster tradit infra *6. Lib. Cap. 21.* heredem debere certo demonstrari, multo minus quomodo iuris rationi certum testantis iudicium exigenti. Et denique textui, *L. 24. C. de Epis. & Cler.* quae lex per constitutionem Iustiniani (cuius mentio in *d. §. 27. I. de Leg.* quaeque priori Codici inserta fuit, & in iterata editione omissa, hodieque non habetur. Toramin. post alios *de Exaq. Leg. C. 3. n. 14.*) abrogata dici non potest: cum solae constitutiones Codici novo insertae ius vetus emendent. Puto igitur, personam plane incertam, nec hodie institui posse, quando videlicet incertitudo est circa personam ipsam; licet postea ex eventu certa reddatur ut: *Qui primus ad funus venerit, qui filiam meam duxerit*. Potest autem incertus, id est ignotus, si incertitudo circa accidentia personae, ut si quem de facie non novit testator, fama, virtute, consanguinitate ipsi notus sit, Ant. Matth. *in Not. §. ultim. Inst. h. t.* Arumae. *Exerc. Iustin. 8. Thes. 6.* Obrecht. *Disput. 20. n. 277.* vid. Fopp. ab Aezema 2. *Disser. 19.* Nam & non sine vitio hoc Iustinianus *in d. § ult.* (ubi de ignoti institutione tractat) omisisset: cum hoc esset notatu dignius. Et *d. §. 27. I. de legat.* loquitur de institutione, & legatis postumo relictis. Et non ita valida est argumentatio ex *§. 25. I. de legat.* ut correctionem iuris, quae aperte fieri debet, inducat.

22) Hot. & Cuiac. *in d. §. ult. I. h.* ac Pithoe. *in Not. Tit. 16. coll. LL. Mosaic. pag. 116.* legunt in *d. §. ultim.* peregrinatos, quia *peregri*, significat in loco, ut peregre ad locum; Charis. *Lib. 2.* Plaut. *in Prolog. Amphitr.* Sed non probabile est Iustinianum veteri illo, & eunico verbo usum fuisse. Nihilque est quod vulgatae lectioni obsistat, cum & Theoph. *ibid.* vertent ἐπὶ ξένης διάγοντας, Christoph. Coler. *Parerg. C. 38.*

23) Ulp. *tit. 22. §. 5.* vid. Duaren. *h. t. c. 2.* Cuiac. *6. Obs. 30. cir. fin.* Hotom *in §. 5. I. h. t.* Guid. Forner. *1. Select. 28.* & Radulf. Fornet. *2. Rer. quotid. 11.*

24) Idem est de pauperibus dispositum *L. 24. de Epis. & Cler. c. si pater de testam. in 6.* vid. P. Gregor. *42. Synt. 35. num. 4.* Ant. de Padilla *ad L. 24. de Leg. 2.* Olim etiam Ecclesiae & Clericis nec hereditatem, nec legata relinqui potuisse probat, *ex L. 20. L. 27. C. Th. Lib. 16. Tit. 2.* Forner. *d. 28* Contra hodie *L. 1. C. de SS. Eccles. & simil.* vid. Fopp. ab Aezema *1. Dissert. 8.*

testamenti factio [25] tribus temporibus: *testamenti facti*, *mortis testatoris*, & *quo hereditas aditur*. [26] media tempora non nocere. *L. si alienum*. 49. §. 1. *L.* 6. §. *solemus*, *D. de her. inst.* §. *in extraneis*, *Inst. de her. qual.* & *diff.* Definitionis hæc vis est, ut, si is, qui, exempli gratia, deportatus est, ab initio sit institutus, nulla sit institutio; quamvis postea, vivo testatore, civis Romanus factus perpetuo eodem statu manserit; scilicet quia quæ ab initio non valuit institutio; tractu temporis convalescere non potest ex regula Catoniana. *L. quæ initio*. L. *quod ab initio*. D. *de regul. iur*, L. 1. *de reg. Cat.* Idem iuris est, etsi civis Romanus recte institutus, deinde vivo testatore deportatus, eadem conditione sit moriente testatore: quia hoc tempus sit, quo institutio, & reliqua voluntas suprema exitum habet, ex definitione testamenti: ut proinde hoc maxime tempus ad voluntatem confirmandam pertineat. *d. L. si alienum*, §. 1. *de her. inst.* Idem est, si quis, mortuo testatore, deportatus sit nondum adita hereditate, deinde hoc statu adeat hereditatem. Dicimus, frustra aditam, eoque nec deportatum heredem futurum, aut per hunc hereditatem ad fiscum pervenire: cum hereditas ad deportatum non pertinuerit. Idque ideo, quia priora tempora sunt ea, quibus a testatore defertur hereditas: posterius id, quo delata ab herede suscipitur: ut non minus & hoc tempus pertineat ad hereditatem acquirendam, eoque & similiter exigatur recte, ut sit eo tempore cum herede testamenti factio. *d. L. si alienum* §. 1. §. *in extraneis. de her. inst.* Cum autem dicimus eo modo, hoc tempore hereditatem frustra adiri: hoc dicimus, quamvis hic heres, qui deportatus adiit, postea restituatur a Principe, tamen heredem non futurum, si postea non adeat, & ita moriatur: quia prior aditio nullius momenti fuerit. Quæ res facit, ut moriens nec transmittat hereditatem ad heredes: iuxta regulam iuris antiqui, hereditatem non aditam non transmitti. *L. unica*. §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Quod si civis Romanus recte institutus, vivo testatore, deportatus est; & rursum vivo testatore restitutus, utilis manet institutio, quæ in nullum tempus incidit eorum, quæ sola ad vim institutionis & acquisitionis hereditatis necessario spectanda esse diximus. Idemque est, si, mortuo testatore, eadem contigerint heredi instituto, deinde restitutus adeat hereditatem. *d. L.* 6. §. *solemus*, *D. de her. inst.*

XLIII. Illud animavertendum, superius definitum esse de heredibus extraneis. Hoc ideo, quia ad necessarios, itemque suos, & necessarios non pertinet: quæ heredum distinctio est, exposita *Inst. de her. qual.* & *diff.* statim a principio. In his posterioribus duo tempora spectamus, ut sit cum eis testamenti factio, *testamenti facti*, & *mortis testatoris*: quia qualescumque heredes instituantur, & quidquid est quod testamento relinquatur, semper priore tempore consistere debet relictum, & posteriore effectum habere. At in suis, itemque necessariis spectantur hæc duo dumtaxat: non tertium, quo hereditas aditur; quia hoc tempus in his heredibus nullum est. Mortuo enim testatore fiunt statim heredes sine ulla aditione. Quippe ipso iure, & sive velint, sive nolint. *Inst. de her. qual.* & *diff. in pr.* & §. *sui*, *item* §. *sui*, *Inst. de here. quæ ab int. def.*

25) Ita & a Fab. 10. *Coniect.* 18. Si autem conditionalis institutio pro tempore mortis spectatur tempus evenientis conditionis, *L.* 49. §. 1. *in fin. L.* 59. §. 4. *h. t.* nec recte Cuiac. 4. *Obs.* 4. volens in conditionali solum tempus existentis conditionis spectari per *d. L.* 59. §. 4. ex quo tamen refellitur. Vid. Ant. Fab. 12. *Coniect.* 9. & *not.* infra *Lib.* 8. *Cap.* 13.

26) *Vid.* Duar. 2. *Disput.* 56. Vvalth. 2. *Misc.* 15.

CAP. XVIII.

Quomodo heredes institui possint. Et quod in hoc genere primum animadvertendum est, quæ institutioni vitiose adiiciantur ita, ut sola habeantur pro non scriptis dictisve: quo fiat, ut, his detractis, salva maneat institutio. Tria hæc esse, Diem, Impossibilem conditionem, Rem certam, ex qua quis sit heres institutus: & quæ totius huius iuris ratio.

Quæ institutioni vitiose adiiciuntur partim eam vitiant, partim non. I.
Non vitiant: dies, conditio impossibilis, res certa. II.
Heres ex die institui non potest. III.
Contrariis occurritur. IV. V. seqq.
In contractibus dies utiliter adiicitur. Cur non etiam in testamentis? VI.
Cur sub conditione heres institui licet, ex die non liceat? VII. VIII.
Item nec ad diem certum, neque ad incertum. IX.
Dies adiecta institutioni pro non adiecta habetur. X. XI.
Item conditio impossibilis; non tamen si filius instituatur. XII.
Impossibilis conditio vel talis est natura, *vel* iure. XIII.
Natura, cui hæc impedimento est, quominus existat. XIV.
Iure; quæ legibus, & bonis moribus est contraria. XV.
Huic sententiæ de impossibili conditione non obstare nec voluntatem testatoris, neque exemplum contractuum, Quare. XVI. XVII.
Institutus ex re certa, si solus, institutio valet, detracta fundi mentione. XVIII.
Si plures similiter ex re certa, adiectio ad hereditatem inutilis valet ad rerum divisionem. XIX.
Ex duobus institutis, unus ex re certa, alter simpliciter, vel ex parte, eum, qui ex re certa, legatarii *loco haberi.* XX.
Hæc, quæ pugnantia inter se videntur, ex testatoris voluntate conciliari. XXI. XXII.

I. UT non omnes heredes institui possunt: sic nec quovis [1] modo. Modus spectatur in iis, quæ institutioni adiiciuntur. Quorum quædam adiiciuntur vitiose, quia adiici prohibentur: atque hoc modo heredem instituere non licet. Sed quæ eiusmodi sunt, non omnia sunt in eadem caussa. Eorum duo genera sunt, longe dissimili inter se effectu. Quædam enim sic improbantur, ut improbentur sola; quamobrem & reiiciantur, nec habeantur pro adiectis: cæterum, his detractis, salva sit institutio. Quædam ita, ut non solum ipsa adiiciantur vitiose, sed etiam una secum totam vitient institutionem.

II. Quæ ita improbantur, ut sola pro non scriptis habeantur, tria sunt: [2] dies: conditio impossibilis; res certa, ex qua quis sit heres institutus.

III. De die sic ius est. Nemo ex die heres institui potest, aut ad diem, vel ad conditionem. Veluti: *Titius post quinquennium, quam moriar, heres esto*; vel *usque ad decem annos heres esto*; vel *heres esto, donec navis ex Asia venerit.* Sed, vitio temporis sublato, pura institutio est: & cum cœperit, perpetua. *§. heres, Inst. de her. inst. L. hereditas ex die.* 34. *D. eod.* Primum hic dicimus, heredem ex die institui non posse. Diem accipere debemus certum, ut expressum est in *d. §. heres*, tametsi nihil adiicitur in *d. L. hereditas ex die*. Ex die incerto recte heres instituitur, Veluti, *ille, cum capere poterit, heres esto.* L. in tempus, D. de her. inst. *ille post mortem filii mei heres esto.* L. qui filio, D. eod. nam dies incertus conditionem facit, & in testamentis, & in contractibus. *L. dies, D. de cond. & dem. L. si Titio, D. quan. di. leg. ced. L. quodcumque §. pen. D.* de

1) Vult. *in §. pen. I. h. t. n. 3. & seqq.* Institutio, ait, duplex. Pura, & Mista. Et vel adiectione diei, qui, si certus, sive ad diem instituatur, ut postea heres esse definat, sive in diem, ut tunc incipiat, adiectio vitiosa (licet quandoque fieri possit tacite.) Sin incertus ex. g. *Cum Caius morietur, cum capere poterit*, utilis *L. 62. D. L. 9. C. h.* Vel adiectione conditionis, quæ vel possibilis, vel impossibilis. Utraque natura vel lege. Possibilis vel simplex, eaque rursus potestativa, casualis, vel mista. Exempl. *T. Titius heres esto, si gradum Doctoratus acceperit &c.*

2) Institutio nominatim diem non recipit, tacite tamen recipit. Ut si servus ex die liber esse iussus, pure instituatur, *L. 9. §. pen. h. t.* Hot. *ad §. 9. I. h. t.* vid. & Cuiac. 3. *Obs.* 34. *&* 2. *ad Afric. in L.* 33. *de vulg.* Dauth. *de Testam. n.* 290. *& seq.* ubi de sententia *L. 9. C. h. t.*

de ver. obl. Constat autem, heredem sub conditione recte institui. *d.* §. *heres*, de quo postea. Sed tamen hoc ipsum, quod dicitur, heredem *ex die certo* institui non posse, incidit in aliquas difficultates.

IV. Primum opponitur lex duodecim tabularum, toto iure recepta, qua ita cautum est: *uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto*. Quæ lex pertinet maxime ad heredum iostitutiones. *L. verbis legis, D. de verb. signific.* Ergo quocumque ex die, quove cumque alio modo heres institutus sit, ex his verbis voluntas, & institutio rata erit. Et ita est: supremæ voluntates ratæ sunt ex lege tabularum: nisi quid excipiatur aliis legibus, & partibus iuris, ut legem interpretatione coangustatam esse, vel legum auctoritate, vel iura constituentium diserte scriptum est in *dict. L. verbis legis*. Hoc autem exceptum inter cætera, ne quis ita testetur, ut pro parte rerum, vel temporis testatus decedat, & pro parte intestatus. *L. ius nostrum, D. de regul. iur.* Atqui, die adiecto institutioni, si diem valere volumus, eveniet, ut ante 3 diem defunctus intestatus decedat, per id tempus nullum heredem testamento scriptum habens: post diem autem incipiat ut heredem institutum habere, ita & esse testatus. Idque ita fieri in testamento militis, herede instituto ex die, eamque dici adiecti vim esse, scriptum est in *L. miles ita, D. de test. mil.* Id autem ius non patitur, præterquam in militis testamento, ut declaratur in dict. *L. miles ita*.

V. Quid tamen, si dicamus, cum testator heredem ex die instituit, eum hoc animo esse, ut institutus sit quidem etiam ante diem heres, sed differatur aditio hereditatis in diem? sic enim nihil adversus superiorem definitionem iuris faciemus, & ita dici poterit servandam esse institutionem & diem. Sed si placet mentem testatoris hoc modo accipi, alia ratio institutionem reiiciet. Nam hoc sensu dies ob nullam caussam, & nullius commodo adiicietur. Id ubi fit, nudum præceptum est testatoris: cuius generis præcepta placet æque nullius esse momenti. *L. filiusfamilias*, 114. §. *Divi*, 2. *D. de leg.* 1. Quid dico autem diei dilationem in institutionibus heredum nulli esse utilem? Immo vero tantum abest, ut cuiquam sit utilis, ut sit etiam omnibus, ad quos aditio pertinet, maxime noxia: puta *heredibus*, & *crediteribus hereditariis*. Heredibus, quia interim commoda hereditaria omittere coguntur. Creditoribus, quia, hereditate non adita, non est, qui illis possit solvere. Quorum tamen interest statim habere eum, a quo suum consequantur. De heredibus legitimis nihil dico, quia volumus ad eos hanc adiectionem non pertinere. Nudum igitur præceptum est, ut dixi, ac propterea inutile. Sic fit, ut alterutra de caussa dies institutioni adiiciatur inutiliter; vel quia ante diem placet, eum, qui institutus est, heredem non esse, & hactenus testatorem intestatum decessisse: vel quia placet heredem esse, sed non posse adire hereditatem, idque non modo nullo fructu, sed magno etiam omnium incommodo, ad quos res pertinet.

VI. Occurrit secundo loco exemplum contractuum & obligationum. In contractibus, & his, quæ inter vivos geruntur, ut conditio, sic dies adiici potest utiliter, ut voluntas contrahentium in eo servetur. §. *omnis, Inst. de verb. oblig.* Ergo multo magis hæc eadem institutioni adiecta servanda sunt propter supremam voluntatem. Nam supremas voluntates maxime præter cæteras servandas esse placet: atque adeo creditur, publice expedire, eas exitum habere *L. 1. C. de sacr. eccl. L. vel negare, D. quem. test. ap.* Dicendum est diem in contractibus, & negotiis gerendis recte adiici; quia, eo adiecto, non fit, quominus quod promissum est, debeatur statim, & ante diem; & dum id fit, fit non inutiliter. Adiicitur enim dies debitoris caussa, cui etiam adfert solvendi dilationem. dict. §. *omnis. de verbor. oblig.* Contraria vis diei institutioni adiecti; qui si adiicitur ideo, ne institutus ante diem sit heres, testator fit pro parte intestatus, & pro parte testatus: quod ius civile non admittit. Sin ideo, ut qui institutus est; sit iam statim heres, sed hereditatem ei non liceat attingere ante diem, adiicitur dies nullius commodo. Quæ vera huius diei in institutionibus reiiciendi caussa est. Argumento erit, quod cum in eodem testamento possit dies pariter, ut conditio, legatis adiici; non potest tamen adiici institutioni. Quippe quod dies adiectus legato prodest heredi ad dilationem, cui, ut omnibus debitoribus, utile est non statim solvere; in institutione eius, quem here-

3) Successio heredis debet esse continua, nec ullo temporis spatio interrupta *L. 54. de acq. her.* ut, quo momento dominium a moriente recessit, eodem ad heredem accedat per *L. 9. §. 1. de iure dot.* Hot. in §. 9. *I. h. t.* A. Fab. 27. *de Err. Pragmat.* 1.

heredem esse concedamus, dilatio aditionis hereditatis plane est, ut dixi, omnibus inutilis.

VII. Postremo movet ex adverso. Exemplum conditionis. Constat enim heredem & sub conditione institui posse, quæ maxima dilatio est. *d.* §. *heres*, *Inst. de her. inst.* Cur non igitur liceat & instituere ex die, in quo minor est dilatio? Sic enim licet argumentari. Non debet, cui quod plus est licet, quod minus est non licere. *L. non debet cui*, *D. de reg. iur.* At licet testatori heredem instituere sub conditione, maiorque dilatio in conditione est, quam in die. Etenim sub conditione institutum non modo ante conditionem exsistentem hereditatem adire non posse, sed nec omnino heredem esse, aut ad hereditatem vocari constat. Ex die autem institutus diei potest ante diem heres esse, sed tantum differri aditio in diem. Nam & ita fit in obligationibus, ut in diem quidem promissum statim debeatur: peti autem ante, quam dies venerit, non possit; quod autem promissum est sub conditione, non modo peti non possit prius, quam conditio extiterit, sed nec omnino debeatur. *L. cedere*, *D. de ver. sig.* *L. centesimis*, *in pr. D. de verb. obl.* Quare & heredem ex die instituere, multo magis licere debere videtur. Respondeo, totum hoc recte concludi, ubi nulla res diem a conditione separat, nisi sola dilatio. Quod si aliæ res incidant, & quidem contrariæ, non recte comparantur hæc duo. Nec ex uno recte alterum colligitur. Quod fit in his rebus institutioni adiectis. Conditio institutioni adiecta, non facit, ut institutio iuri refragetur, sed, quisquis est conditionis exitus, testator semper aut in totum intestatus, aut in totum testatus decessisse intelligitur. Sive enim deficit conditio, testator intelligitur iam a principio decessisse intestatus, quia ex eventu apparuit, eum heredem non habere. *Instit. de her. quæ ab intest. def. in prin.* sive conditio exiistit, [4] retro versus perinde habetur heres quasi pure esset institutus. *L. si pupillus*, *D. de cond. inst.* Ut sic quoque intelligatur, testator iam ab initio, & in totum testatus decessisse. Quod reliquum est, prodest conditionis expectatio iudicio testatoris, ut nemo illi exsistat heres, nisi quemadmodum voluit. Non nocet heredibus sive scriptis, sive legitimis, quia, quandocunque hereditatem adierint, postea ex eventu admissi, videntur, iam inde a morte testatoris heredes fuisse. *L. heres quandoque*, *D. de acqu. her.*

VIII. In [5] die institutioni adiecto utrumque contra evenit; ut & iuri refragetur adiectio, & eius diei dilatio non solum sit inutilis, sed etiam, ut dixi, noxia. Nam heres ex die heres esse iussus, ante diem vetatur esse heres: ut sic fiat testator pro eo tempore intestatus, pro reliquo testatus: quod ius non concedit. Et, ut velimus heredem etiam pro antecedenti tempore heredem esse, sed aditionem ei in diem differri, iam ostendi dilationem non modo nullam caussam habere, sed etiam & heredi scripto, & creditoribus hereditariis maxime esse noxiam. Non mirum igitur, si *sub conditione* heredem instituere licet; *ex die* non licet: in cuius dilatione tam multa iure improbentur. Quod si in diei adiectione superiora incommoda removeris: tum ista sic recte comparantur, *dies* & *conditio*, ut, si quid dilationem conditionis recipit, continuo recte dicturi simus, multo magis dilationem diei recipere. Quam ob caussam hæc ipsa pariter in contractibus, & legatis recipi videmus. *d.* §. *omnis*, *Inst. de ver. ob. L.* 1. *D. de cond. & dem.* Rata est igitur hæc sententia ex omnibus partibus iuris, heredem *sub conditione* institui posse, at *ex die* certo non posse.

IX. Eadem ratio facit, ut usque ad diem certum non possit heres institui. Aperte enim eo pertinet hæc adiectio, ne institutus post diem sit heres. Quod si fit, nempe usque ad diem illum testator decedet testatus; post diem fiet intestatus, repugnante regula iuris, præterquam in milite. *d. L. miles ita*, *in pr. D. de test. mil.* Qua ratione dicendum est, non tantum frustra heredem institui usque ad diem certum, quod solum positum est in §. *heres. de her. inst.* sed etiam frustra ad diem incertum, & ad conditionem: veluti *ille heres esto*, *donec vicesimum quintum annum impleverit*, vel *eo usque dum navis ex Asia venerit*. Esto, præterierint viginti anni, navis venerit ex Asia: dicemus, eum, qui semel heres exstitit, etiam postea heredem esse, & perpetuo manere: ne incipiat res ad legitimos heredes pertinere contra regulam iuris.

X. Sed ut dies inutiliter adiicitur institu-

[4]) Dies autem certus retrotractionem impedit, Vult. in §. *heres* 9. *I. h. t. n.* 7. A. Fab. *d. lo.* tametsi Connan. 10. *Comm.* 6. *n.* 1. scribere non vereatur, hæc plus habere ostentationis, quam solidæ doctrinæ, nec dignam iuris, & æqui arte, differentiæ rationem dari posse.

[5]) An uxor possit a marito heres institui quoad vivet, & post mortem eius alius, vid. Moll. 4. *Semestr.* 29.

stitutioni: ita dies solum detrahitur, eoque detracto, manet institutio: quæ altera pars erat superioris definitionis, *d.* §. *heres, Institut. de hered. instit. d. L. hereditas ex die, D. eod.* Hic statim opponetur ius constitutum de iis, quæ vitiose fiunt, & contra, quam lex vetat. Quidquid vitiose, & contra legem fit, placet pro infecto esse & inutile. *L. non dubium C. de leg. L. quoties, D. qui sat. cog.* Dies autem institutioni adiicitur vitiose & contra ius, alioqui nec reiiceretur. Quomodo igitur, herede hoc modo instituto, non vitiosa sit, & inutilis institutio? Et siquidem testator ita diem adiiceret, ut non aliter vellet institutum esse heredem, quam ex die, aut ad diem; omnino tum diceremus institutionem esse contra ius; proinde & inutilem. At si ita adiicit diem, ut nolit pro adiecto esse; fatendum est, hoc adiecto, nihil hic fieri vitiose, aut contra legem; eoque &, die detracto, recte defendi institutionem. Atqui non vult diem haberi pro adiecto, ut ex verbis institutionis, & coniectura voluntatis colligitur. Apparet enim heredem ex die institutum ita institutum, ut vellet testator omnino, eum heredem esse: quoniam voluit esse heredem ex die certo. Is autem dies certo venturus est. Qui voluit quem heredem esse, simul ea omnia voluisse creditur, sine quibus ille heres esse non potest: quæ quidem sint in eius potestate. *Arg. in L. 2. D. de iurisd. L. illud. D. de acq. her.* Non potest autem heres institutus heres esse ex die, ut dies maneret. Proinde & hunc, die detracto, heredem esse testator voluit. Non obstat, quod diem adiecit verbis. Hæc enim adiectio eo pertinere intelligitur, ut vellet testator heredem esse ex die, si posset. Quod si non posset, vellet simpliciter heredem esse sine die, ne voluntas intercidat, quæ alioqui inutilis erat futura. Interpretatio pro testamento recepta, quoties obscura, aut ambigua oratio est. *L. cogi D. ad S. C. Treb.* Nihil porro fit contra legem, ubi testator diem verbis adiecit, re autem adiici noluit. Leges enim impositæ sunt rebus, non verbis. *L. 2. in fi. C. com. de leg.* Et in institutione, omnique parte testamenti non id institutio est, aut legatum quod scriptum est, sed quod scriptum testator voluit. *L. quoties. 9. in pr. D. de her. inst. L. 3. D. de reb. dub. L. 12. in fi. D. de leg. 1.*

XI. Rursum contraria esse videtur definitio [6] *L. actus, D. de reg. iur.* Sic enim definitio est; actus legitimi, qui [7] non recipiunt diem, vel conditionem: veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Atqui, ut ius olim fuit, quo valuit superior definitio Papiniani, videtur heredis institutio legitimus actus fuisse; certe non minus, quam acceptilatio. Hæc enim non magis interponebatur apud magistratum: tantum certa formula verborum constabat. §. *item per. Inst. quib. mod. tol. ob. L. 1. D. de accep.* Constabat vero & heredis institutio solemnibus verbis, teste Ulpiano in fragmentis Tit. *quem her. inst. po.* & significatur in *L. quoniam, C. de testam.* Proinde secundum regulam superiorem, die institutioni adiecto, vitiatam esse oportuit institutionem, non manere, ut dicimus. Nec satis videtur ad defensionem, si quis dicat, heredis institutionem inter species ibi numeratas non recenseri. Dici enim potest, Papinianum superiores species ibi enumerare exempli loco, ut significat particula *veluti*, qua utitur: exemplis autem non adstringi regulam: *L. pen. §. ult. D. de iur. & fac. ign. L. 1. §. quod vulgo. D. de vi & vi arm.* Et probandum est, quod vulgo fere omnes probant, definitionem *L. actus*, non esse generalem, sed pertinere tantum ad species illic enumeratas. Quamquam enim videtur, eas Papinianus exempli caussa ibi proponere propter particulam veluti; tamen & tot specierum enumeratio, & sequentia facile declarant definitionem ad eas species tantum referri. Non enim Papinianus unius aut alterius speciei expressione contentus fuit, ut fit, cum quid exempli loco subiicitur: sed enumeravit quinque: scilicet, ut ex eo numero has solas esse agnosceremus. Deinde ita subiicit: *nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium adferunt.* Refert igitur definitionem ad suprascriptos actus. Atque id ita esse bene probabitur inter cætera argumento institutionis: quæ cum iure non recipiat diem, nihilominus, die adiecto, utilis est, dum dies subducitur, ut hic dicimus. XII.

6) Ita habent vulgati codices *in d. L. 77.* quam lectionem probat & Duar. *de Acquir. her. C. 3.* Forcat. *Dial.* 83 *n. 4.* Hotom. *illust. Q. 34.* & in appendice eiusdem, volens per hoc ostendi, alios quosdam actus legitimos recipere diem, vel conditionem; Contra Florentiæ legitur affirmate, *qui recipiunt*: quod probat Cuiac. 15. *Obs.* 16. & Rævar. *ad d. L. 77.*

7) De sententia *d. L. 77.* vide dimicante. Cuiac. & Hot. *dd. locis* P. Fab. 2. *Semestr.* 22, *&* 2. *seq.*

XII. *Impossibilis conditionis* eadem caussa, quæ diei adiecti institutioni. Nisi quod hoc amplius est in impossibili conditione, quod in testamentis dies institutioni inutiliter adiicitur. Legatis & fideicommissis utiliter: impossibilem autem conditionem contra testamento adiectam, generaliter placuit pro non scripta haberi: sive institutioni adscripta sit; sive legatis, & fideicommissis. *§. impossibilis, Inst. de her. inst. L. 1. D. de cond. inst. L. 3. D. de cond. & demon.* Excepta est institutio filii, qui in potestate est. Hic, si instituatur sub conditione, quæ non est in eius potestate, placet institutionem esse inutilem etiam si conditio sit impossibilis. *L. filius, D. de cond. inst.* de quo postea capite sequenti.

XIII. Impossibilis conditio [8] duplex. Quædam *natura* talis est, quædam *iure*.

XIV. Natura, cui natura impedimento est, quominus exsistat: Veluti, *Titius heres esto, si cœlum digito tetigerit. §. si impossibilis, Inst. de inut. stip.* hanc conditionem omnino impossibilem esse certum est: ut non dubium sit, quin Titius ex hac institutione heres sit futurus ex superiore definitione. Sed nec minus impossibilis ea habetur, quæ talis est iure.

XV. Ea est, cum quod conditione comprehensum est, ut fiat, quod natura fieri potest: iure non potest, quia leges prohibent, aut boni mores. Et hæc quoque pro non adscripta habetur; veluti *Titius heres esto; si patrem suum ab hostibus non redemerit: si uxorem suam dimiserit.* Ut nihil horum fecerit, nihilominus heres erit. *L. conditiones quæ contra, L. conditiones contra, D. de cond. inst.* Scilicet quia conditio est impossibilis ea ratione, quam Papinianus reddit in *L. filius, D. de cond. inst.* quod quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram; & generaliter quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Quo in genere habetur a prætore & conditio iurisiurandi. De qua copiose disserit Ulpianus in *L. quæ sub. 8. D. de cond. inst.* indicans & quæ sit, & quæ eius in omni relicto improbandæ caussa.

XVI. Sed huic sententiæ de impossibili conditione obiicitur voluntas testatoris, & exemplum contractuum. Testator conditionem impossibilem adiecit. Non frustra. Ergo ideo adiecit, ut, si conditio non exsisteret, nec institutus esset heres, quæ vis est omnis conditionis adiectæ. Confirmatur hæc voluntas, atque hoc ius exemplo obligationum sub conditione contractarum. Nam si quid promissum cautumve sit ullo in genere contractuum sub impossibili conditione, nihil valet, quod agitur, *§. si impossibilis, Inst. de inut. stip. L. non solum. D. de ob. & act.* Tantum ideo, quia hæc voluntas est contrahentium, quorum hæc cogitatio est, ut nihil agi existiment, adiecta ea conditione, quam sciant esse impossibilem, ut est in *d. L. non solum, D. de obl. & act.* Nihil ad hæc distinguenda pertinet, si dixerimus in contractibus, rem ex duorum, pluriumve consensu agi: eoque omnium voluntatem in ea re spectari, ut dicitur in *d. L. non solum*, in testamentis autem, rem geri solius voluntate testatoris. Esto enim: hinc efficiatur, in [9] contractibus esse imputandum stipulatori, vel creditori, si petat adversus conditionem, quam adiecit ipse, vel a reo adiectam voluntate sua comprobavit: in institutione autem, vel legato nihil esse, quod imputetur heredi aut legatario, quod impossibilis conditio adscripta sit, cum id factum sit absque eorum consensu. At hoc non sufficit ad heredem, vel legatarium admittendum, si voluntas testatoris refragatur. Nam si alibi usquam, in testamentis maxime voluntas testatoris spectanda, & servanda est. *L. ex facto, §. rerum, D. de her. inst. L. 12. in fi. D. de leg. 1.* nec usquam magis, quam in conditionibus. *L. pater. in pr. & §. conditionem, D. de cond. & dem.* Quod eo pertinet, ut si testator voluit conditionem expectari, non magis quidquam debeatur, aut utilis sit institutio, quam deberi potest ex contractu, ubi ambo dissenserint. Quod enim efficit duorum voluntas in contractu, id efficit in testamento voluntas solius testatoris:

8) Jo. Mercer. 1. *Opin.* 15. Quatuor, inquit, speciebus distinctæ conditiones impossibiles, & quicquid impossibile est. 1. Cui natura impedimento est. 2. Cui ius & æquum. Accommodatissimum exemplum quod minus vulgatum, in *L.* 137. §. 6. *de V. O.* 3. Cui factum hominis, (re alias natura & iure concessa) ut in *L. 2. de his qui effud.* 4. Quod cum per homines constet, propter cohærentiam, & concursum omnino extra potestatem. Perplexitas hæc est, ut *L. 16. de cond. inst.* Ita Mercer. vid. & Robert. *Sentent.* 15.

9) Duar. *ad Tit. D. de cond. inst. C. 4.* In contractibus, imputari potest contrahentibus, si quid parum expressum sit, vel ambiguum. Hinc autem nulla culpa instituti, aut legatarii, quod non curaverit verba apertius conscribi. Et Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 3. *n.* 15. ubi & aliam rationem habet, sed inconvenientem: quia in contractibus conditio pro caussa; si itaque reiiceretur conditio, contractus caussa careret. Male. A Fab. 6. *Coni.* 12. In contractibus omnium voluntas spectanda, qui, nihil egisse credendi sunt, quia sciverunt impossibilem esse conditionem. Hic autem verosimile non est, defunctum frustra, & inutiliter testari voluisse. Aliter Vasq. *Lib. 1. de Success. progressu* §. 3. *n.* 43.

ris: quoniam & huius unius voluntate testamentum constat, ut est testamenti definitio. Nunc autem verba, quibus conditio impossibilis institutioni, aut legato adiecta est, eadem sunt cum iis, quibus eadem conditio contractui adiicitur. Ex quibus si colligitur in contractibus, contrahentes nihil agere voluisse, quia nihil posset deberi ex ea conditione, quæ existere non potuit: nihil caussæ videtur dici posse, cur non in iisdem verbis institutionis, & legati eadem sit voluntatis interpretatio, ut dicamus ex sententia testantis nec institutionem, nec legatum valere. Hic ergo de voluntate testatoris respondeo idem, quod supra in die adiecto. Herede sub impossibili conditione instituto, verba indicant, testatorem voluisse heredem esse eum, quem instituit. Alioqui non instituisset. Proinde vult ea quoque, sine quibus ille heres esse non potest. *d. L.* 1. *de iurisd. L. illud, de ac. her.* Iam vero non potest heres esse, nisi detracta conditione impossibili. Quare hoc quoque velle testator intelligitur, ut detrahatur.

XVII. Non moveor, quod conditionem verbis adiecit: quam, si servamus, ex ea nemo heres existere potest, cum non possit conditio impleri. Nam conditione impossibili adiecta institutioni, secundum verba, duæ inducuntur contrariæ coniecturæ voluntatis. Una, quasi velit testator conditionem expectari; quia adiecit, nec frustra. Altera, quasi velit institutum sine ea conditione heredem esse; quia heredem instituit, neque id rursum frustra. Neque porro heres esse potest, nisi detracta conditione; quia si iubetur ea exspectari, nunquam potest existere. In his duabus coniecturis contrariis utrum sequimur? quod credibile est cogitasse testatorem. *L. cum in testamento, D. de reb. dub.* Id autem creditur cogitasse, quod benignius est & humanius. Denique quod eo pertinet, ne relictum aut voluntas intercidat. *L. si fuerit. §. ul. D. de reb. dub. d. L. cogi. in pr. D. ad S. C. Treb.* Nec dubium est, quin huc referri debeat, quod dicitur, in testamentis plenius voluntates testantium esse interpretandas. *L. in testamentis, D. de reg. iur.* non enim is interpretatur plenius, qui cum uno sensu servare rem possit, alterum sequitur, quo voluntas nulla sit. In contractibus, quibus im-

possibilis conditio adiecta est, ubi & eædem coniecturæ concurrunt voluntatis: sequimur contrariam coniecturam, quasi contrahentes non frustra conditionem adiecerint; eoque hac non existente, nolint quidquam deberi. Differentiæ ratio non utique ex verbis, quæ utrobique eadem esse apparet; sed ex proposito contrario contrahentium, & testatoris. Contrahentes id agunt, ut obligatio contrahatur, qua oneratur debitor scilicet, & ex qua postea quid præstare cogatur etiam invitus. Verisimile est, unumquemque in oneribus suscipiendis, & dependendo de suo ita affectum esse, ut quam minimo fieri potest, velit onerari. In totum, aut ut ultra, quam verba manifesta efficiunt, nolit obligari. Sic præsumptio est iure recepta, neminem existimari facile iactare suum. *L. cum de indebito, D. de prob.* Testatores contra in testamentis id agunt, ut dent, & beneficentiam exerceant: nec institutiones, & legata quidquam aliud sunt, quam donationes, & hæ maxime gratuitæ. Beneficæ voluntati conveniens interpretatio hæc est, ut benefice & prolixe interpretemur; quo detur quid, non ut nihil: quatenus quidem res in ambigua, & obscura oratione patitur. Scripsi pluribus de hoc genere ad *L. impossibilis, D. de verb. oblig.*

XVIII. *Rei certæ* institutioni adiectæ, eadem prope vis est, quæ diei adiecti, & impossibilis conditionis. Heres ex re certa, veluti *ex fundo, ex certo usufructu*, frustra quis instituitur: sed valet institutio detracta fundi mentione. *L.* 1. *§. si ex fundo, D. de hered. instit.* Quod ita explicatur in *L. si ita quis.* 78. *D. de hered. instit.* Sic institutus proinde erit iure civili, atque si sine ea re heres institutus esset. Idque auctoritate Galli Aquilii factum esse ibidem adiicitur. Ubi in [10] *Pandectis Flo.* vitium observandum est. Proponitur enim illic ita: *si ita quis heres institutus fuerit, excepto fundo, excepto usufructu, heres esto:* deinde responsum, *perinde erit iure civili*, & quæ sequuntur. Legendum *ex certo fundo, ex certo usufructu*. Quoniam recte heres instituitur ita, ut res certæ aliquæ excipiantur, & valeat exceptio. In hoc enim genere sunt legata, quæ nihil aliud sunt, quam delibationes hereditatis, quibus testator ex eo, quod universum heredis foret, aliquid delibat, & excipit, quod

10) Sed Florentinam lectionem tuetur Duar. *ad h. t. D. c. 3. f.* 339. Sensus enim hic est, (non is quem Donellus refellit) Institutus heres, excepto fundo, heres est in solidum, etiam in illo fundo. Alias enim ille fundus pertineret ad legitimos, contra regulam *L. 7. de R. I.* quandoquidem is fundus exceptus nulli alii in eodem testamento datus proponitur. Ac ideo non obstant, quæ noster de legatis obiicit.

quod alicui collatum velit. *L. legatum* 116. *in pr. D. de leg.* 1. Præterea ſi heres, rebus certis exceptis, heres eſt, & ſine illis rebus, nihil hic ſit, quod non aperte efficiatur ex verbis teſtatoris, qui nominatim eas res excepit: ut profecto ad eam ſententiam probandam nihil fuerit Galli Aquilii auctoritate opus; qua tamen auctoritate ea ſententia ibidem defenditur. Utrobique ergo hoc dicitur; heredem ex re certa ſic fruſtra inſtitui, ut tamen heres ſit, quaſi inſtitutus ſine ulla rei certæ mentione. In quo hoc primum, fruſtra quem inſtitui *ex fundo*, aut *ædibus*, aut alia *re certa*. Veriſſimum hoc eſt, & perpetuum, ſi ſic intelligimus, ut ne ſit heres ex eo fundo, aut alia re certa. Nunquam enim quiſquam ex *re certa* heres eſſe poteſt: repugnante earum rerum natura. Quippe hereditas eſt *ſucceſſio in univerſum ius*. L. hereditas *D. de reg. iur, L. nihil aliud. D. de verb. ſig.* Proinde heres *univerſi iuris ſucceſſor*: cui adverſatur, *ſucceſſorem eſſe rerum ſingularum*. Diſtantque hæc toto genere: acquiſitio per univerſitatem, in qua eſt hereditas; & acquiſitio rerum ſingularum, in qua ſunt legata, & relicta ſingularum rerum. *§. hactenus, Inſt. per quas perſ.* diſtant eodem modo heres, & legatarius. *§. legatariis. Inſt. de teſt. ord.* Quod autem adiicitur, heredem ex re certa inſtitutum, eſſe heredem nihilominus, idque detracta fundi mentione, eamdem vim habet, quam ſuperiora. Voluntate nimirum teſtatoris id fit: qui voluit inſtitutum heredem eſſe ex re certa, ſi poſſet: ſi non poſſet, ſaltem aliquo modo eſſe heredem. Proinde, detracta mentione rei certæ, quia ex hac re heres eſſe non poſſet.

XIX. Sed quod dicitur in hac inſtitutione, detrahi rei certæ mentionem, ſeu rei certæ adiectionem pro non ſcripta haberi, in uno herede ex re certa inſtituto recte dicitur, ut eſt ſpecies *d. L.* 1. *§. ſi ex fundo. d. L. ſi ita quis*, 78. *D. de her. inſt.* In duobus, pluribuſve inſtitutis, non item. In quibus etiam cum varie reſpondeatur, recte fecerimus, ſi de vi huius adiectionis in univerſum dixerimus. Ac de eo hæc iuris diſtinctio tenenda eſt. Si unus tantum teſtamento heres ſcriptus ſit, & idem ſcriptus ex fundo: hic fundi inutilis, & pro non ſcripta adiectio eſt. Primum ad hereditatem inutilis; quia heres futurus eſt, quaſi ſcriptus eſſet ſine ulla fundi mentione. Tum inutilis ad acquiſitionem fundi; quia inſtitutus, heres factus, ſatis hunc fundum habet iure hereditario; ut novæ omnes aliæ cauſſæ habendæ ſint inutiles, & ſupervacuæ. De quo mox certius. Quod ſi duo ſint heredes inſtituti, ſiquidem ambo pariter inſtituti ex rebus certis: nihilominus ambo heredes erunt, ut ſupra, quaſi re nulla certa adiecta, quæ heredis inſtitutionem impediat. Sed res ipſæ dividentur inter eos pro modo earum rerum, quæ cuique relictæ ſunt: ut rerum adiectio ad hereditatem ſit inutilis; ad diviſionem rerum ſingularum utilis & efficax. Quod explicatur in *L. ex facto, D. de her. inſt.* in exemplo huiuſmodi, in quo & reſponſi hæc ſumma eſt. Duo ſunt heredes inſtituti; Primus ex *rebus provincialibus*, ſecundus *ex Italicis*: cum provinciales efficerent tantum *mille*, ſi æſtimarentur; Italicæ *tria millia*, id eſt rerum partes longe diſpares. Placet, Primum, & Secundum ambos heredes eſſe ex æquis partibus: id eſt ſingulos ex [11] ſemiſſe, quaſi rebus certis non adſcriptis. Futurum enim erat, ut ita ex æquo heredes eſſent, ſi inſtituti eſſent nullis adſcriptis partibus. *L. quoties*, 9. *§. heredes, D. de her. inſt.* At quod attinet ad emolumentum rerum *provincialium* & *Italicarum*, utilis rerum adiectio eſt. Sic enim res habentur, quaſi ſingulis *prælegatæ* eſſent. Unde eveniet, ut in dividenda hereditate nihil amplius Primus conſequatur, quam *res provinciales*, Secundus *omnes Italicas*. Congruit *L. qui non militabat*, 78. *in pr. D. de her. inſt.*

XX. Quod, ſi duobus heredibus inſtitutis, unus inſtitutus ſit ex re certa, alter ſimpliciter, aut ex parte aliqua hereditatis: placet, eum, qui ex re certa inſtitutus eſt [12], legatarii loco eſſe, ut hactenus

11) Ut onera uterque ex æquo ſuſtineat, Duar. *ad h. tit. D. c.* 3. *f.* 338. Et non eſt inter eos facta diſtributio hereditatis, ſed patrimonii per præceptiones A. Fab. 15. *de Err. Prag.* 8.

12) Vid. A. Fab. 14. *de Err. Prag.* 6. *&* *Decade* 15. *Err.* 5. Fachin. 4. *Controv.* 15 Inſtitutum ex re certa eſſe legatarii loco *d. L.* 13. ratione rei in qua inſtitutus; ratione actionum heredi, & in heredem competentium, quas is non habeat, ratione legis Falcidiæ, ex qua diminutionem æque patitur *L.* 10. *C. fam. erc.* Heredis autem loco eſſe reſpectu tituli inſtitutionis, ne propterea de inofficioſo queri poſſit; & ut conſequatur ſolidum nullo alio herede inſtituto vel adeunte. *L.* 1. *§.* 4. *h. t.* Vid. & Covar. *in C. Rainutius §.* 1. *n* 10. *extr. de Teſt.* Gomez. 1. *Var. reſol. c.* 2. *n.* 16. Anton. Cocch. *Tr. de Legitima §. Legitima eſt autem n.* 12. *& ſeqq. p. m.* 62. *& ſeq.* Tiraq. *in Tr. le mort ſaiſit le vif, P.* 2. *Declar.* 4. *n.* 2. 3. *&* 4. *ubi n.* 3. dicit eſſe hoc miſtum genus ut ſit partim heres, partim legatarius (quod refellit A. Fab. *dd. locis*) vid. & Ang. Mattheac. *Epit. legat. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 21. *& ſeqq.* Peregrin. *de Fideic. Art.* 3. *n.* 7. *& ſeq.* Dauth. *de Teſtam. n.* 39. *& ſeq.* Connan. 10. *Comm* 6 *n.* 11. Gomez. 1. *Reſol.* 10. *n.* 8. *& ſeqq.* & late Simon de Prætis *Lib.* 3 *de Interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut* 1. *n.* 5. Sed optime hic, acutiſſime, & expeditiſſime noſter.

tenus rei certæ adiectio sit utilis: alterum solum esse heredem. *L. quoties, C. de her. instit.*

XXI. Quæ vix effugere possunt, quin contrariæ videantur. Conferatur prima species cum hac tertia, omnia contraria. Nam si unus tantum heres institutus sit, & is ex re certa, duo dicimus: primum, hunc heredem esse: deinde, detrahi rei certæ mentionem, ut res pro non scripta habeatur. *d. L. 1. §. si ex fundo, D. de her. inst.* In hac specie tertia utrumque invertimus. Nam cum ex duobus, qui institutus est ex re certa, negamus, heredem esse: contra relictum rei certæ manere dicimus, idque instituto solum deberi tanquam legatario. Sed & secunda species pugnat ex parte cum utraque. Nam in ea instituti ambo ex re certa, heredes sunt; aliter atque in tertia. Iisdem & relictum rerum certarum manet, contra quam placet in prima. Quomodo igitur hæc non contraria? Sed non sunt. Voluntate testatoris recte defenduntur omnia. Voluntas variatur circumstantiis. Voluntatis autem testatoris in hac institutione hæc summa est: ut quantum, & quatenus in hac institutione iure valere potest, tantum valeat. Id voluntati convenire, ne ea intercidat, ante diximus. Secundum hoc ita definiendum est: ex qua definitione omnis superior distinctio nata est.

XXII. Quoties quis instituitur ex re certa, si relictum rei certæ per se solum valere potest, hæc prima voluntas testatoris est, ut solum valeat; cum sit testatori propositum, ne quid amplius consequatur heres, quam rem institutione expressam. Quod si relictum non aliter valere potest, quam si in eiusdem instituti persona adiungatur hereditas, proximum est in voluntate testatoris, ut utrumque obtineat heres. Sin vero etiam relictum omnino valere non potest, tum hoc relinquitur ex voluntate testatoris, ut sola valeat institutio, detracta rei certæ mentione. Iam ut solum relictum sine hereditatis adeptione valere possit in instituti persona, accidit in tertia illa specie superiore. Nam qui in ea specie institutus est simpliciter, potest adire hereditatem; qua adita, testamentum confirmatur; sic deinde, hoc confirmato, relictum valet, & peti potest ab eo, qui institutus est ex re certa, & quidem ita, ut ne is sit heres. Recte igitur ex superiore voluntate testatoris solum relictum rei certæ admissum est. *d. L. quoties, C. de her. inst.* Ut autem relictum valere non possit nisi una cum hereditate, quæ concurrat in eiusdem instituti persona, accidit in illa secunda specie, cum duo sunt heredes instituti, ambo ex certis rebus. Nam ut relictum certarum rerum valere possit, opus est, ut vel unus saltem ex institutis hereditatem adeat, quo testamentum, & cum testamento, ea quoque, quæ testamento relicta sunt, confirmentur. Ubi si unum admittimus ad hereditatem ex superiore institutione, necesse est, eodem iure admitti & alterum: quia cum ambo pariter instituti sint ex rebus certis, nulla caussa est, cur ex ea institutione admittatur unus potius, quam alter. Ita fit, ut in hac specie ambo sint heredes. Quod, quia fieri non potest, nisi sint universi iuris successores, non certarum rerum, eo fit ut sint heredes, detracta rerum singularum mentione. Proinde heredes ex æquis partibus: quia ita futuri erant, nullis partibus adscriptis. *d. L. quoties, §. heredes. de her. inst.* Heredes facti, iam legata rerum singularum alter ab altero invicem accipient. Ut sic habeant singuli solidum in relicto rerum singularum, quod his datum est. Quippe heredi a se ipso legari non potest; a coherede potest. *L. legatum, 116. §. 1. D. de leg. 1.* Hinc inter illos onerum, & emolumentorum modus. Quia ergo heredes sunt ex æquis partibus, ex iisdem partibus onera hereditaria sustinebunt: pro emolumento autem legatorum non sustinebunt, quia legata sine onere ad legatarios pertinent. *L. si hereditatem, D. man. L. ult. C. de her. act.* Iam, ut relictum valere omnino non possit, accidit in prima specie, cum quis solus heres institutus est, & idem ex re certa. Nam relictum rei certæ, idest legatum, valere non potest, nisi ante omnia heres hereditatem adierit: cum, nemine herede exsistente, testamentum irritum fiat; ut nec quidquam ex eo possit deberi. *Inst. de her. quæ ab int. def. in pr. L. eam quam, C. de fid.* Hereditate autem adita, statim heres fit dominus rerum singularum iure hereditario. *L. cum heredes, in pr. D. de acq. her.* Qua ratione amplius earum rerum neque iure legati, neque ex alia caussa dominus fieri potest. *§. sic itaque, Inst. de act. L. 3. §. ex plurib. D. de acq. poss.* Quid, quod heredi a se ipso legatum dari non potest? *d. L. legatum, §. 1. de leg. 1.* Ita evenit in hac specie, ut aut in totum nihil actum sit, aut, si institutio valet, valeat per se sola, sublato in totum rei certæ relicto. Ex quibus iam intelligitur, omnia hæc

hæc, quæ prima fronte videri possunt pugnantia, voluntati testatoris quam optime convenire; & ex hac recte omnia defendi. Quod reliquum est, de institutione illud manebit, neminem heredem institui posse ex *re certa*, ut ex re certa heres fiat. Quod nobis propositum fuit, ostendere.

C A P. XIX.

Quæ institutioni vitiose adiecta totam vitient institutionem. Huius generis esse, turpem demonstrationem heredis; Ex conditionibus vero eas, quæ, filiis suis heredibus institutis, non sunt in eorum potestate; in universum autem, quæ in alienam voluntatem conferuntur, & captatorias. Tum quæ sit captatoria institutio.

Turpis demonstratio heredis, & conditio interdum vitiant institutionem. I.
Illa si heres non sit prius suo nomine appellatur. II.
Secus contra. Ratio differentiæ. III.
Quavis demonstratione etiam contumeliosa filius exheredari potest. IV.
Conditionem alias persona heredis non recipit, alias in universum ius reprobat. V.
Filius sub alia conditione quam, quæ in potestate eius sit, institui nequit. VI.
Cur non idem in aliis cum heredibus, tum legatariis. VII.
Omnes sub quavis conditione, quæ existere possit, excepto filio suo herede, posse institui. VIII.
Conditiones, quæ perpetuo institutionem vitiant, sunt; captatoria, & in alterius voluntatem collata. IX.
Huius posterioris exempla duo. X.
Cur hæc expressa vitiet institutionem; non expressa, quamvis tacite intelligatur, non vitiet. XI.
Captatoria quæunam vocetur. XII.
Cur improbata: etiam in testamento militis. XIII.
Quæ sit. Unde dicta. Bonis moribus contraria. Quare. XIV.
Captatoriam institutionem tria faciunt. XV.
1. *Conditio in alterius voluntatem collata.* XVI.
2. *Conditio de alterius hereditate obtinenda.* XVII.
Captatoriam non esse, quæ in alterius voluntatem conferatur, sed quæ captationem alicuius rei contineat. Vetus error Interpretum reprehenditur. XVIII.
Semper Veteres unam ab alia distinxisse. XIX.
Ut sit captatoria nihil referre, utrum conditio sit de obtinenda hereditate instituti, an alterius: testatori ipsi, an alteri. XX.
3. *Ad captatoriam requiritur conditio in futurum concepta.* XXI.

I. ATque hæc de priore genere dicta sunt eorum, quæ inutiliter institutioni adiecta, pro non scriptis habentur; ut institutioni nihil noceant; sed, his detractis salva sit institutio. Est, ut dixi, alterum genus eorum, quæ adiecta ita improbantur, ut tota institutio sit inutilis. Hæc genere duo sunt: interdum *demonstratio turpis heredis instituti:* interdum *conditio institutioni adiecta*.

II. Turpis demostratio heredis interdum institutionem vitiat. Fit autem hoc modo. Si heres institutus appellatus non sit suo nomine, sed demonstratus tantum signo aliquo, aut certa demonstratione: si demonstratio turpis sit, & qualis contumeliæ causa solet adiici: placet, nullam esse institutionem, etsi maxime intelligatur, quis ea demonstratione sit designatus heres; alioqui certa demonstratio vice nominis fungatur. *L. quoties*, 9. §. *si quis nomen*, *L. de her. inst.* Idemque in legatis receptum est, eodem modo demonstrata persona legatarii: *L. turpia, in princ. D. de leg.* 1. Exempli gratia: *ille qui nuper in hac civitate fustibus cæsus est: ille, quem fama est, latrocinium, quod his diebus accidit, perpetrasse; ille, qui nominatur in hac civitate scurra, & morio, mihi heres esto.* In his institutionibus hoc dicimus, etsi constet, quis ille sit, qui fustibus cæsus est; quis item ille, de quo sit superior fama & opinio; tamen, heredem non futurum, etsi velit; utpote improbata iure civili institutione. Odio scribentis ita ius comparatum, inquit Pomponius in *d. L. turpia, de legat.* 1. Sed quomodo eius odio? amplius quærendum. Non est enim odium, nisi ob delictum. Quid autem deli-

deliquit testator, qui, quod in re, & demonstratione verum erat, id dixit? Et quid, si hac demonstratione designatus heres demonstrationem agnoscat, ut ad hereditatem admittatur? Hic fane non potest videri, illi ulla iniuria fieri a testatore, cum sciat, & consentiat. *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Paulo igitur altius huius rationis ratio exquirenda est. Hæc autem mihi esse videtur, quod eiusmodi institutio, & legatum pugnet cum fine institutionis, & omnis relicti. Nam institutionis, & legati finis est, ut instituto, & legatario honos habeatur. Unde & institutio, ac relictum omne Latinis [1] *honos* appellatur. Cic. *pro Quinctio: heredem testamento reliquit hunc P. Quinctium; ut, ad quem summus mœror, morte sua veniebat, ad eumdem summus honos quoque perveniret*. At, turpi demonstratione designato herede, vel legatario, & institutio, & legatum hos dedecore, & probro afficit. Cum enim nulla sit demonstratio, qua designentur, nisi ea, quæ posita est; non possunt ex ea demonstratione dicere, relictum ad se pertinere, nisi prius admiserint, se eos ipsos esse, qui sunt demonstrati; quod illis turpe, & probrosum est. In qua contumelia recte placuit, etiam si isti se tales esse agnoscant, & ad hereditatem, aut legatum admitti velint, nullam tamen institutionem esse aut legatum. Sive enim testator nihil relinquere voluit, sed tantum lædere; non debet adversus voluntatem eius institutio, aut legatum admitti: cum non sufficiat, quem scriptum esse heredem, nisi & testator, eum heredem esse velit. *L. quoties, 9. de her. inst.* Sive voluit serio relictum admitti, sed cum illa contumelia: tum vere dicitur id, quod est in *d. L. turpia, D. de leg.* 1. odio scribentis & institutionem, & legatum pro non scriptis haberi. Malitiose enim facit, qui per speciem simulati officii abutitur superioribus rebus ad lædendum, & contumelia afficiendum eum, ad quem honorandum, & ornandum sicut hæres comparatæ sunt, ita eas eodem referri oportebat. Præclare autem Celsus: *malitiis non esse indulgendum. L. in fundo, D. de rei vind.*

III. Sed ita, inquam, ex turpi signo, & turpi demonstratione inutilis institutio est, si hæc sola demonstratio est ad heredem designandum. Quod si prius nomine suo sive proprio, sive appellativo sit appellatus, quæcunque postea demonstratio adiecta erit contumeliæ, & probri caussa, valebit institutio. Ut puta, illa institutio valet, etsi sit cum maledicto: *filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto. L.* his verbis. 48. §. 1. *D. de her. inst.* Sed quid intersit inter istas institutiones, dicat aliquis, cum utraque contumeliosam demonstrationem, & maledictum contineat? Hoc interest, quod cum heres institutus appellatus est nomine suo non contumelioso, maledictum adiectum eum non lædit: ut maxime se heredem institutum agnoscat. Licet enim ei dicere, se filium defuncti esse, ut est appellatus; satisque esse, hanc appellationem ad se certo designandum, ut [2] sciatur quis sit institutus: neque hoc sibi esse turpe. Quod autem pater adiecit contumeliæ caussa, id se non agnoscere; neque hoc necesse esse admittere ad se designandum, cum iam nomine suo, aut appellatione sibi soli conveniente satis sit designatus. Ubi autem sola demonstratio contumeliosa posita est, non potest, quin sit instituto probrosa, si velit, quia institutus est, heres esse. Nam, ut dicat se ea demonstratione institutum, necesse habet, ut dixi, admittere, se eum esse, quem demonstratio describit.

IV. Atque hæc ita institutione, & legato recepta sunt. Ad exheredandum filium visum est quamvis demonstrationem etiam [3] contumeliosam sufficere. Ut puta, placuit filium ita recte exheredari: *Ille gladiator, ille scenicus, qui domi meæ est, exheres esto:* cum unum filium domi talem haberet. *L. 3. D. de lib. & post.* Recte horum utrumque pro natura insti-tutio-

1) Honorari enim dicitur heres institutus, & honos haberi ei, cui quid testamento relinquitur, *L.* 3. §. 2. *L.* 5. §. 6. *de legat. præstand. L.* 11. §. 20. *de Leg.* 3. *L.* 15. *pr. ad L. Corn. de falf. L.* 36. *de excusat.* Tacit. *Lib.* 3. *ors.* de quo vid. Briss. 4. *Antiq.* 19. & quæ ex eo exscripsit Goth. *ad L.* 3. §. 2. *de legat. præst.* adde Rævar. 2. *Var.* 16. Forner. 1. *Select.* 19. P. Greg. 42. *Synt.* 1. *n.* 4. *&* 44. *Synt.* 2. *n.* 25. Er. Iuret. *in Not. ad Symmach.* 1. *Epist.* 3. Et dilectio est institutio, *L.* 4. *de confirm. tutore L.* 58. §. 1. *h. tit.*

2) Ita & Anton. Massa Gales. *Lib.* 3. *de Exercit. Iurisperit. n.* 57. quia, remota turpi demonstratione, persona certa ex appellatione filii. & Pac. 5. *Q.* 90. Ac melius hic, quam Duar. *h. t. c.* 3. *in d. L.* 48. maledictum tantum dici filio admonendi, & obiurgandi caussa: in *L.* 9. §. 8. contumeliæ caussa. Et Cuiac. *in L.* 3. *de lib. & posth.* Cum convitio posse institui filium ut *d. L.* 48, quia patri impune est maledicta filio obiicere; non posse extraneum *d. L.* 9. §. 8. Aliter Loriott. *de Iur. arte Tr.* 12. *de Exhered. Axiom.* 11. & aliter, sed impedite, Vasq. *Lib.* 2. *de Success. Creat.* §. 20. *P.* 2. *Requis.* 29. *Declar.* 2. *n.* 30. & aliter Io. Basius 1. *Paradox.* 7.

3) Ita & Ant. Massa *d. n.* 59. Diff. Basius *d. C.* 7. Additur *in d. L.* 3. *pr.* etsi ex adulterio natum dixerit. Quod Loriott. *d. lo. Axiom.* 12. ita exaudit, si pater, filium suum esse non dubitans, contumeliæ caussa adulterinum appellet, alias enim exheredatio inepta in extraneo *L.* 132. *in fin. pr. de V. O.*

hæc, quæ prima fronte videri possunt pugnantia, voluntati testatoris quam optime convenire; & ex hac recte omnia defendi. Quod reliquum est, de institutione illud manebit, neminem heredem institui posse ex *re certa*, ut ex re certa heres fiat. Quod nobis propositum fuit, ostendere.

C A P. XIX.

Quæ institutioni vitiose adiecta totam vitient institutionem. Huius generis esse, turpem demonstrationem heredis: Ex conditionibus vero eas, quæ, filiis suis heredibus institutis, non sunt in eorum potestate; in universum autem, quæ in alienam voluntatem conferuntur, & captatorias. Tum quæ sit captatoria institutio.

Turpis demonstratio heredis, & conditio interdum vitiant institutionem. I.
Illa si heres non sit prius suo nomine appellatus. II.
Secus contra. Ratio differentiæ. III.
Quavis demonstratione etiam contumeliosa filius exheredari potest. IV.
Conditionem alias persona heredis non recipit, alias in universum ius reprobat. V.
Filius sub alia conditione quam, quæ in potestate eius sit, institui nequit. VI.
Cur non idem in aliis cum heredibus, tum legatariis. VII.
Omnes sub quavis conditione, quæ existere possit, excepto filio suo herede, posse institui. VIII.
Conditiones, quæ perpetuo institutionem vitiant, sunt; captatoria, & in alterius voluntatem collata. IX.
Huius posterioris exempla duo. X.
Cur hæc expressa vitiet institutionem; non expressa, quamvis tacite intelligatur, non vitiet. XI.
Captatoria quænam vocetur. XII.
Cur improbata: etiam in testamento militis. XIII.
Quæ sit. Unde dicta. Bonis moribus contraria. Quare. XIV.
Captatoriam institutionem tria faciunt. XV.
1. *Conditio in alterius voluntatem collata.* XVI.
2. *Conditio de alterius hereditate obtinenda.* XVII.
Captatoriam non esse, quæ in alterius voluntatem conferatur, sed quæ captationem alicuius rei contineat. Vetus error Interpretum reprehenditur. XVIII.
Semper Veteres unam ab alia distinxisse. XIX.
Ut sit captatoria nihil referre, utrum conditio sit de obtinenda hereditate instituti, an alterius: testatori ipsi, an alteri. XX.
3. *Ad captatoriam requiritur conditio in futurum concepta.* XXI.

I. ATque hæc de priore genere dicta sunt eorum, quæ inutiliter institutioni adiecta, pro non scriptis habentur; ut institutioni nihil noceant, sed, his detractis salva sit institutio. Est, ut dixi, alterum genus eorum, quæ adiecta ita improbantur, ut tota institutio sit inutilis. Hæc genere duo sunt: interdum *demonstratio turpis heredis instituti*: interdum *conditio institutioni adiecta*.

II. Turpis demonstratio heredis interdum institutionem vitiat. Fit autem hoc modo. Si heres institutus appellatus non sit suo nomine, sed demonstratus tantum signo aliquo, aut certa demonstratione: si demonstratio turpis sit, & qualis contumeliæ causa solet adiici: placet, nullam esse institutionem, etsi maxime intelligatur, quis ea demonstratione sit designatus heres; alioqui certa demonstratio vice nominis fungatur. *L. quoties*, 9. *§. si quis nomen*, *L. de her. inst.* Idemque in legatis receptum est, eodem modo demonstrata persona legatarii: *L. turpia, in princ. D. de leg.* 1. Exempli gratia: *ille qui nuper in hac civitate fustibus cæsus est: ille, quem fama est, latrocinium, quod his diebus accidit, perpetrasse; ille, qui nominatur in hac civitate scurra, & morio, mihi heres esto.* In his institutionibus hoc dicimus, etsi constet, quis ille sit, qui fustibus cæsus est; quis item ille, de quo sit superior fama & opinio: tamen, heredem non futurum, etsi velit; utpote improbata iure civili institutione. Odio scribentis ita ius comparatum, inquit Pomponius in *d. L. turpia, de legat.* 1. Sed quomodo eius odio? amplius quærendum. Non est enim odium, nisi ob delictum. Quid autem deli-

deliquit testator, qui, quod in re, & demonstratione verum erat, id dixit? Et quid, si hac demonstratione designatus heres demonstrationem agnoscat, ut ad hereditatem admittatur? Hic sane non potest videri, illi ulla iniuria fieri a testatore, cum sciat, & consentiat. *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Paulo igitur altius huius rationis ratio exquirenda est. Hæc autem mihi esse videtur, quod eiusmodi institutio, & legatum pugnet cum fine institutionis, & omnis relicti. Nam institutionis, & legati finis est, ut instituto, & legatario honos habeatur. Unde & institutio, ac relictum omne Latinis [1] *honos* appellatur. Cic. *pro Quinctio: heredem testamento reliquit hunc P. Quinctium; ut, ad quem summus mæror, morte sua veniebat, ad eundem summus honos quoque perveniret.* At, turpi demonstratione designato herede, vel legatario, & institutio, & legatum hos dedecore, & probro afficit. Cum enim nulla sit demonstratio, qua designentur, nisi ea, quæ posita est; non possunt ex ea demonstratione dicere, relictum ad se pertinere, nisi prius admiserint, se eos ipsos esse, qui sunt demonstrati; quod illis turpe, & probrosum est. In qua contumelia recte placuit, etiam si isti se tales esse agnoscant, & ad hereditatem, aut legatum admitti velint, nullam tamen institutionem esse aut legatum. Sive enim testator nihil relinquere voluit, sed tantum lædere; non debet adversus voluntatem eius institutio, aut legatum admitti: cum non sufficiat, quem scriptum esse heredem, nisi & testator, cum heredem esse velit. *L. quoties, 9. de her. inst.* Sive voluit serio relictum admitti, sed cum illa contumelia: tum vere dicitur id, quod est in *d. L. turpia, D. de leg.* 1. odio scribentis & institutionem, & legatum pro non scriptis haberi. Malitiose enim facit, qui per speciem simulati officii abutitur superioribus rebus ad lædendum, & contumelia afficiendum eum, ad quem honorandum, & ornandum sicut hæres comparatæ sunt, ita eas eodem referri oportebat. Præclare autem Celsus: *malitiis non esse indulgendum. L. in fundo, D. de rei vind.*

III. Sed ita, inquam, ex turpi signo, & turpi demonstratione inutilis institutio est, si hæc sola demonstratio est ad heredem designandum. Quod si prius nomine suo sive proprio, sive appellativo sit appellatus, quæcunque postea demonstratio adiecta erit contumeliæ, & probri caussa, valebit institutio. Ut puta, illa institutio valet, etsi sit cum maledicto: *filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto. L.* his verbis. 48. §. 1. *D. de her. inst.* Sed quid intersit inter istas institutiones, dicat aliquis, cum utraque contumeliosam demonstrationem, & maledictum contineat? Hoc interest, quod cum heres institutus appellatus est nomine suo non contumelioso, maledictum adiectum eum non lædit: ut maxime se heredem institutum agnoscat. Licet enim ei dicere, se filium defuncti esse, ut est appellatus; satisque esse, hanc appellationem ad se certo designandum, ut [2] sciatur quis sit institutus: neque hoc sibi esse turpe. Quod autem pater adiecit contumeliæ caussa, id se non agnoscere; neque hoc necesse esse admittere ad se designandum, cum jam nomine suo, aut appellatione sibi soli conveniente satis sit designatus. Ubi autem sola demonstratio contumeliosa posita est, non potest, quin sit instituto probrosa, si velit, quin institutus est, heres esse. Nam, ut dicat se ea demonstratione institutum, necesse habet, ut dixi, admittere, se eum esse, quem demonstratio describit.

IV. Atque hæc ita institutione, & legato recepta sunt. Ad exheredandum filium visum est quamvis demonstrationem etiam [3] contumeliosam sufficere. Ut puta, placuit filium ita recte exheredari: *Ille gladiator, ille scenicus, qui domi meæ est, exheres esto:* cum unum filium domi talem haberet. *L. 3. D. de lib. & post.* Recte horum utrumque pro natura institutio-

1) Honorari enim dicitur heres institutus, & honos haberi ei, cui quid testamento relinquitur, *L.* 3. §. 2. *L.* 5. §. 6. *de legat. præstand. L.* 11. §. 20. *de Leg.* 3. *L.* 15. *pr. ad L. Corn. de fals. L.* 36. *de excusat.* Tacit. *Lib.* 3. *ere.* de quo vid. Briss. 4. *Antiq.* 19. & quæ ea eo exscripsit Goth. *ad L.* 3. §. 2. *de legat. præst.* adde Rævar. 2. *Var.* 16. Forner. 1. *Select.* 19. P. Greg. 42. *Synt.* 1. *n.* 4. & 44. *Synt.* 2. *n.* 25. Er. Iuret. *in Not. ad Symmach.* 1. *Epist.* 3. Et dilectio est institutio, *L.* 4. *de confirm. tutore L.* 58. §. 1. *h. tit.*

2) Ita & Anton. Massa Gales. *Lib.* 3. *de Exercit. Iurisperit. n.* 57. quia, remota turpi demonstratione, persona certa ex appellatione filii. & Pac. 5. Q. 90. Ac melius hic, quam Duar. *h. t. c.* 3. *in d. L.* 48. maledictum tantum dici filio admonendi, & obiurgandi caussa: in *L.* 9. §. 8. contumeliæ caussa. Ex Cuiac. *in L.* 3. *de lib. & postu.* Cum convitio posse institui filium ut *d. L.* 48, quia patri impune est maledicta filio obiicere; non posse extraneum *d. L.* 9. §. 8. Aliter Loriott. *de Iur. arte Tr.* 12. *de Exhered. Axiom.* 11. & aliter, sed impedite, Vasq. *Lib.* 2. *de Success. Creat.* §. 20. *P.* 2. *Requis.* 29. *Declar.* 2. *n.* 30. & aliter Io. Basius 1. *Paradox.* 7.

3) Ita & Ant. Massa *d. n.* 59. Diss. Basius *d. C.* 7. Additur *in d. L.* 3. *pr.* etsi ex adulterio natum dixerit. Quod Loriott. *d. lo. Axiom.* 12. ita exaudit, si pater, filium suum esse non dubitans, contumeliæ caussa adulterinum appellet, alias enim exheredatio inepta in extraneo *L.* 132. *in fin. pr. de V. O.*

tutionis, & exheredationis. Non recipitur in institutione turpis demonstratio, quia repugnat institutioni, ut ostendi. At convenit exheredationi. Quamobrem & in ea recte admittitur. Demonstratio enim huc pertinet, ut notetur filius. Nunc autem exheredatione idipsum agitur, ut notetur tanquam successione indignus. Unde exheredatione notatos legimus, & notam exheredationis. *L. non putavit, in pr. D. de bon. poss. cont. tab. L. multi, D. de lib. & post.*

V. De conditione institutioni adiecta sic ius est: heredem, etsi non ex die, sub conditione tamen, quæ exsistere possit, recte institui. *§. heres, Inst. de her. inst.* Cur potius sub conditione, supra rationem exposuimus, cum ageremus de diei adiectione. Nunc hoc ponimus, non esse id ius in conditione perpetuum. Alias persona heredis instituti non recipit conditionem, alias in omnium heredum persona quædam conditiones excipiuntur, quæ conditione sua vitient institutionem.

VI. Unus est, qui sub quavis conditione heres institui non possit; filius qui est in potestate patris. Is sub ea conditione, quæ in 4 potestate eius non sit, institui non potest; sive non statim sit in eius potestate, sive non perpetuo, sive non sine periculo. *L. 4. D. de her. inst. L. ult. D. de cond. inst. L. 4. C. de instit. & substit. fac.* Et vero filius suus heres ita sub hac conditione institui non potest, ut, si sit institutus, non reiiciatur conditio tanquam non scripta; sed ipsa nullius momenti sit institutio; atque adeo ratum non sit testamentum. *d. L. ult. in pr. D. de cond. inst. d. L. 4. C. de inst. & subst.* De quo, cum pluribus scripserim supra in institutione, & exheredatione liberorum *Cap. XII.* cætera ad hunc locum pertinentia inde peti iubebo. Tantum illud adiiciam, cum ibi dixerimus, filio suo herede quamvis sub impossibili conditione instituto, inutilem esse institutionem solum ideo, quia verum sit & hanc conditionem in potestate eius non esse, *L. filius. D. de cond. inst.*

VII. Non abs re est, quæri hoc loco, cur, cum in cæteris omnibus tum heredibus, tum legatariis placeat, impossibiles conditiones testamento adiectas pro non adiectis habendas, ut his non impletis nihilominus & institutio, & legatum valeat: *L. 3. D. de cond. & dem. L. 1. D. de cond. inst. §. impossibilis, Inst. de her. inst.* non idem servetur in filio suo herede sub eadem conditione instituto. De quo iam breviter monebo. Nempe eo fit, quia hic excepta est institutio filii, qui est in potestate, repudiata in cæteris institutionibus impossibili conditione. Et ne temere factum putemus; factum utrumque est ex legis sententia. Omnem enim institutionem nullius momenti esse necesse est, quæ fit contra, quam lex vetat, ut sunt omnia quæ fiunt contra legem. *L. non dubium, C. de legi.* Lex autem institutioni filii conditionem, quæ in potestate eius non sit, adiici vetat: estque maxime eiusmodi ea, quæ est impossibilis. Quapropter, hac adiecta, quia adiicitur, vetante lege, ipsam institutionem inutilem esse necesse est. At nulla lex vetat, quemquam sibi, instituere heredem sub impossibili conditione. Nam etsi diceremus, hac adiecta, institutionem esse inutilem: tamen id eo fieret, quia testator nollet valere, adiecta ea conditione; cuius eventum vellet exspectari, certum autem esset eum exsistere non posse. Ideo si testator hanc exspectari nolit; nemo negabit, quin ex voluntate eius conditio non sit exspectanda: eoque & institutio conditione detracta sit utilis: idque maxime ex sententia legis, quæ nisi quid aperte excipiatur, iubet ratum esse, *uti quisque quid legassit rei suæ.* Legis, verbis *D. de verbo. signi.* Hanc porro videri voluntatem testatoris in impossibili conditione, supra probavimus.

VIII. Quod reliquum est, sub omni conditione, quæ exsistere possit, excepto filio suo herede, omnes institui heredes possunt, etiam filiæ, nepotes, & cæteri liberi, quamvis sint in morientis potestate, & ex numero suorum heredum. *L. 6. §. 1. D. de her. instit.* Multo ergo magis liberi, qui non sunt in potestate testatoris: atque omnium maxime, qui sunt penitus extranei.

IX. Quod tamen non est perpetuum. Sunt enim, ut dixi, quædam conditiones, quæ per se ipsæ vetentur adiici; eoque adiectæ, quisquis heres scriptus sit,

4) Impossibilis conditionis institutioni filii adiectæ exemplum etiam haberi putant DD. *in L. 83. de cond. & demonstr.* inde inferentes, aliquem probare non posse, se filium alicuius esse. Quibus accedit A. Fab. 2. *Iurispr. 3. Princip. 4. pag.* 113. Sed Menoch. 2. *de Arbitr. Casu* 89 *n. 7. & seq.* hoc ex illa lege non inferri scribit; sed illud, quod conditio non sit potestativa. In arbitrio enim iudicis esse an sit sufficienter probata filiatio. Aliter Vasq. 1. *Ill. Contr.* 48. *n.* 17. *& seq.* Et aliter Forner. 2. *Select.* 6. ideo *in d. L.* 83. impossibilem esse probationem, quia filius extra nuptias quæsitus. Quod liquere hinc scribit. 1. Quia diversa nomina, & cognomina etiam patris, & filii. 2. Quia non uxoris mentio, sed dixit testator, *natus ex illa muliere.* Uti autem honori est proprio nomine appellari, ita sic designari *ille, aliquis &c.* dedecorosum. Sed si ita est, non debuit conditio adiecta vitiare testamentum sed vitiari.

sit, vitient institutionem. Huius generis sunt duæ: *conditio*, quæ in alienam voluntatem aperte confertur: item *captatoria*, seu ea, quæ adiecta, captatoriam institutionem facit.

X. Primum illa institutio vitiosa est: *Sempronius heres esto, si Titius voluerit: vel ex duobus Semproniis ille heres esto, quem Titius volet*. L. illa; 32. *L. si quis Sempronium*, 68. *D. de her. instit.* Improbandæ huius institutionis ratio reddita in *d. L. illa:* satis constanter veteres decrevisse, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno pendere arbitrio. Qua ratione placuit, idem iuris esse in legatis, & fideicommissis, eadem conditione adiecta. *L. nonnunquam, D. de con. & dem.*

XI. Sed hoc ita est, si conditio conferatur aperte in alterius voluntatem; si denique voluntas aliena exprimatur, ut dicat testator, *si Titius voluerit*. Diversum, si non exprimatur alterius voluntas, etsi maxime ex verbis intelligatur. Sub hac conditione nulla est institutio, *si Titius voluerit*. At sub hac valet, *si Titius in Capitolium adscenderit*. Atqui Titius non ascendet, nisi volet, ut hic quoque ex antegresso voluntas necessario significatur. Sed hoc tacita fit, non expressa voluntate: quod non prohibet *d. L. si quis Sempronium*. Idem & in legatis placuit; unde & regula veterum, *Expressa nocent; non expressa non nocent*. d. L. nonnunquam, *D. de con. & dem. L. expressa, D. de reg. iur.* Quod diligenter monendi sumus, dictum accipiendum esse primum de iis, quæ lex vetat adiici. Nam quæ non vetat, sive exprimantur, sive non exprimantur, nihil nocent: cum omnia liceant, quæ iure non prohibentur. *L. nec non, §. quod eius, D. quib. ex caus. mat.* Et maxime in supremis voluntatibus, quæ nominatim lege, *uti quisque legassit rei suæ*, ratæ esse iussæ sunt. *L. verbis legis, D. de verb. sign.* Deinde dictum non de omnibus vetitis, sed de iis, quæ lex nominatim vetat exprimi: non etiam de iis, quæ simpliciter vetat adiici. Si quid lex simpliciter vetet, rem vetat, non verba. Ideo vetat sive exprimatur, sive non exprimatur, tametsi alia via, aut aliis verbis factum intelligitur. Pariter enim utraque improbantur, & quæ contra legem fiunt, & quæ in fraudem legis. *L. non dubium, C. de legi.* At si quid lex vetat tantum exprimi, ut eam conditionem, de qua loquimur; sane expressum nocebit; quia nihil hic contra legem, si non exprimitur, etsi significatur. Lex enim non vetat adiici, sed exprimi. Nec quisquam putet, nihil in re interesse, utrum voluntas exprimatur, an significetur. Hæc enim conditio, *si Titius in Capitolium ascenderit*, confertur in factum Titii, non in voluntatem solam, inter quæ multum interest. Etenim non ascendet quidem Titius, nisi volet: sed potest velle, ut non ascendat: quia multis de caussis impediatur; sive quod incidat in morbum; sive quod moriatur; sive quod vis alicuius prohibeat; sive quod Capitolium conflagrarit.

XII. Eodem iure est captatoria conditio. Voco autem conditionem captatoriam; quæ institutioni adiecta institutionem captatoriam facit, idest eam, quæ ad captandam alienam hereditatem refertur.

XIII. Captatoriæ institutiones iure improbantur propter conditionem de aliena re obtinenda insertam. *L. captatorias*, 70. *de her. inst.* Et in universum captatoriæ omnes scripturæ tam in hereditatibus, quam in legatis. *L. captatoriæ*, 64. *D. de leg.* 1. Usque adeo, ut nec ferantur captatoriæ institutiones in militis testamento. *L. captatorias, C. de test. mil.*

XIV. Captatoria institutio est, qua testator ita heredem instituit: *Titius mihi heres esto, si ille aut Sempronius me, vel Seium heredem instituet*; seu ‡ *qua ex parte illi nos heredes instituent*, ut colligere est ex *L. illæ autem*, 71. *D. de her. inst.* & partes superioris definitionis postea separatim expositæ certius docebunt. Dicta captatoria a *captando*. Est autem captare, venari quid, & aucupari, seu arte, & dissimulanter, ac per illecebram id agere, ut aliquid capias. Captatoria igitur, quia captat hereditatem heredis instituti, vel alterius; idque sibi, vel alii, ubi conditio superior arte posita est tanquam illecebra ad eam hereditatem eliciendam. Nam heres illectus spe hereditatis sibi delatæ, volet implere conditionem, ut ad hereditatem perveniat; eoque & testatorem, vel illum alium vicissim heredem instituet, aut ab alio, qui designatus est, instituendum curabit. Huiusmodi omnem captationem, ut bonis moribus contrariam, in testamento leges improbant: utpote non profectam ex animo benevolo, sed ad vana spe irretiendos, & illaqueandos heredes instructam. Sic autem superiori captioni commodissime

‡) Eodem modo Donell. noster *ad L. 11. C. de test. mil. n. 3. & seqq.* vid. & Cuiac. 16. *obs.* 11.

ſime occurritur, ſi ipſa inſtitutio infirmetur. Nam ubi heres intelliget, ſe non eſſe iure inſtitutum; ſimul intelliget nihil eſſe, cur teſtatorem viciſſim heredem inſtituere debeat implendæ conditionis, & hereditatis conſequendæ cauſſa, quam ſciat, ſe, eo teſtamento, obtinere non poſſe.

XV. Sed prius captatoriam inſtitutionem eſſe oportet. De quo certius ſtatuendum eſt. Captatoria igitur inſtitutio ex ſuperiore definitione, eaque vera, tria deſiderat, ut ſit talis: primum conditionem collatam in alterius voluntatem: ſecundo loco conditionem de hereditate, vel heredis, vel alterius voluntate eius obtinenda: tertio conditionem de hac ipſa hereditate non ante delata, ſed in futurum deferenda conceptam.

XVI. Primum deſiderat conditionem collatam in voluntatem alterius. Captatorias, inquit Papinianus, non quaſvis ſenatus improbavit, ſed quorum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis. Hoc ille in *d. L. captatorias*, 70. *de her. inſt.* Conditionem ergo huiuſmodi in his ineſſe oportet. Idemque probatur appoſitis exemplis, in *L. illæ autem ſeq.* Nec quem moverit, quod huiuſmodi inſtitutiones captatorias eſſe dicimus; *Ille heres eſto, qua ex parte ipſe, aut Mævius me heredem inſtituet*; in quibus prima fronte conditio nulla contineri videtur. Nam & in his eadem conditio eſt, quam volumus. Hæc enim oratio, qua ex parte me heredem inſtituet, demonſtratio eſt ex futuro ſumpta: cuiuſmodi demonſtrationes conditionem habent, ſi id futurum evenerit. *L. 6. D. de leg.* 1. Quod ſi quis aliquem heredem inſtituerit ſine conditione, aut ſine conditione ſuperiore, & heres hac inſtitutione provocatus, pro mutua affectione eundem teſtatorem heredem inſtituerit: placet valere utramque inſtitutionem. Poſteriorem quidem, quia aperte nihil captat, ſed remuneratione utitur. Priorem autem, quia conditionem captationis, aut eliciendæ hereditatis nullam incluſam habet: eoque nullam adfert heredi ſcripto neceſſitatem mutuæ inſtitutionis. Quæ res facit, ut, ſive heres non inſtituat teſtatorem heredem, nihilominus obtineat hereditatem: ſive inſtituat, tamen ideo faciat, quia voluerit, non quia neceſſe habuerit facere ad hereditatem obtinendam. Merito igitur valet inſtitutio, quæ heredi liberum iudicium ſupremum relinquit ſine damno hereditatis ipſi delatæ. Idque ob hanc cauſſam ita ſtatui neceſſe eſt, quamvis forte conſtare poſſit, teſtatorem fuiſſe hoc animo, ut ſimulato officio provocaret heredis mutuam voluntatem, & inſtitutionem. Nam hic animus heredem ad mutuam iſtam inſtitutionem non obſtrinxit. Et hoc eſt, quod in eadem *L. captatorias.* adiicit Papinianus: captatorias inſtitutiones non eas ſenatum improbaſſe, quæ mutuis affectionibus iudicia provocarunt; ſed quarum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis. Hoc ſic accipe, non eas, quæ mutuis affectionibus iudicia provocarunt ſine conditione, qua hæc iudicia provocantur; ſed quæ addiderunt hanc ipſam conditionem: quam ideo ait conferri ad ſecretum alienæ voluntatis, de quibus verbis paulo poſt.

XVII. Iam non quævis conditio collata in alienam voluntatem, inſtitutioni adiecta captatoriam inſtitutionem facit; ſed ſola quæ ita confertur in voluntatem alterius, ut ſit de hereditate eius obtinenda, id eſt quæ a teſtatore confertur eo, ut obtineatur ſupremum iudicium heredis, aut alterius deſignati, ac per hoc eius hereditas. Mitto, quod ſola hæc conditio eſt, per quam fit, ut captetur aliena hereditas: unde eſt captatoriæ nomen. Probatur id dilucide in *d. L. illæ autem, ſeq. de hered. inſtit.* Illæ, inquit Paulus, captatoriæ inſtitutiones non ſunt: veluti ſi ita quis heredem inſtituat: *qua ex parte Titius me heredem inſtituit, ex ea parte Mævius heres eſto:* quia in præteritum, non in futurum inſtitutio collata eſt. Ergo ſi hic in futurum collata eſſet conditio, ut teſtator diceret, qua ex parte Titius me heredem inſtituet, aperte ſignificat inſtitutionem ſine dubio captatoriam futuram fuiſſe.

XVIII. Quo loco animadvertendus eſt vetus [6] error interpretum, ſuperiore ætate

6) Quos & ſequitur Simon de Prætis *Lib.* 2. *de Interpret. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubitat.* 1. *Solut.* 3. *n.* 1. Alex. Trentacinq. *de Subſtit. P.* 2. *C.* 2. Ant. de Padilla *ad L.* 3. *de Leg.* 2. *n.* 50. *& ſeq.* Gomez. *in L. Taurinam.* 31. Putant DD cum Accurſio *ad d. L.* 70. inſtitutiones, quæ ex aliena voluntate pendent, dici captatorias, quod per eas teſtatores capti, id eſt, decepti. Quod & refellit Coraſ. 5. *Miſc.* 13. oſtendens has differre. Collatas in alienam voluntatem veteres reiecerunt *L.* 31. *h. t.* captatorias Senatus *L.* 70. *h. t.* Captatoria igitur, quæ veluti viſcata, & hamata, ut quæ ex hac cauſſa ſit, ut ſuo exemplo provocatus, inſtitutus, aliuſve, in quem captatio directa eſt, idem faciat. Et A. Guib. 1. *Q.* 7. Contan. 10. *Comm.* 6. *n.* 5. Sarment. 2. *Select. Interpr.* 4. *n.* 1. A. Fab. 51. *de Err. Pragm.* 4. *& ſeqq.* & Don. noſter *ad L.* 11. *C. de Teſt. mil. n.* 4. hoc etiam argumento utitur Si captatoria eſt ea, quæ confertur in expreſſam voluntatem alterius, utique quæ in tacitam valebit. Conſequens autem falſum, quia in verbis *d. L.* 71. *§.* 1. non confertur aperte, ſed tacite. Et Io. Dauth. *de Teſtam. n.* 25. *& ſeqq.* ubi *n.* 28. cum hæc hodie clare, & diſerte ſint explicata, miratur, e recentioribus quoſdam hæc turpiter miſcere, & veterum inquinamenta ſequi. Qui antiqui veniam merentur, hi non item.

te qui fuerunt, qui ad unum omnes existimaverunt, captatoriam institutionem esse eamdem illam, quæ fit sub conditione in alienam voluntatem collata, quamvis nullam istiusmodi captationem habeat. Moventur his verbis *L. captatorias.* quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Quæ illi sic acceperunt, quarum conditio confertur in alienam voluntatem, quæ secreta est prius, quam constet, quid is velit, de cuius voluntate agitur. Nec dubitabant, id ita affirmare, cum viderent iuris certi esse, nullius momenti esse eam institutionem, quæ in alienam voluntatem conferretur. Sed hic turpis error est, natus ex manifesta imperitia latini sermonis, & ignoratione eorum ipsorum locorum, quos interpretabantur: dico *L. captatorias* 70. & *L. illæ autem, seq. D. de her. inst.* Idem recte notatus primum ab Antonio Augustino *Lib.* 4. *Emend. Cap. XV.* Vel ipsum 7 verbum satis nos admonet, non esse captatoriam institutionem, nisi eam, quæ captationem alicuius rei, aut captionem continet: idque ita esse traditur in *d. L. illæ autem, de her. inst.* At hæc institutio: *Sempronius heres esto, si Titius voluerit*, quam tandem captationem habet vel hereditatis, vel voluntatis alienæ Titii? aut quam Titii captionem? Perspicuum est, nullam habere. Neque enim hac conditione, *si Titius voluerit*, id agitur, ut me heredem instituat: neque eadem conditione provocatur ullo modo Titius, ut magis velit Sempronium heredem esse, quam nulla conditione adiecta. Non enim habet hæc conditio ullam illecebram ad Titium ad eam voluntatem inducendum. Multo minus capitur, id est, decipitur ea conditione Titius; cuius est in potestate, velle Sempronium heredem esse, & non velle. De bonis vero Titii quid hic captatur? qui si millies sponte, & cupide voluerit, tamen nihil ei decedit de suis bonis, nec quidquam est, quod inde testator capiat. Quomodo igitur intelligi potuit captatoria, quæ in alienam voluntatem confertur, a qua tam aperte omnis alieni captatio abest? Sed & *d. L. illæ autem*, diserte ea exempla ponuntur institutionis captatoriæ complura, quæ illam conditionem continent, quæ est de aliena hereditate obtinenda: nulla autem, in quibus institutio conferatur in alienam voluntatem. Ut plane ipso loco, qui in manibus erat, satis refellantur.

XIX. Postremo illud constat, semper a veteribus ita hæc esse distincta genera duo, ut nusquam cum de captatoria institutione agitur, mentio fiat ullius conditionis in alienam voluntatem collatæ: nec, cum agitur de ea, quæ in alienam voluntatem confertur, hæc usquam captatoria appelletur: ut appareat, plane hæc genera esse diversa. Non debuerunt vero moveri verbis *L. captatorias*, his; quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Nam in testamentis cum nominatur a veteribus secretum alienæ voluntatis, significatur iudicium supremum alienæ voluntatis: idest, suprema voluntas testatoris. Ut superiorum verborum Papiniani sententia hæc sit, institutiones eas improbari, quarum conditio confertur eo, ut auferat iudicium mutuum supremæ voluntatis. Diciturque voluntas suprema ideo secreta, & secretum habere, quod diximus, quia etiam tunc, cum declarata est testamento, manet secreta donec testator moriatur: utpote inclusa tabulis testamenti, aut codicillis. Quæ unusquisque clausa sibi asservat. Nec necesse est, quemquam testium, aut aliorum scire ea, quæ in his scripta sunt. *L. hac consultissima, in pr. C. de testa.* Sed etsi prius voluntas nuncupata sit coram testibus: manet tamen secreta usque ad ultimum vitæ spiritum testatoris; cum incertum sit, an testator revocet; quod facere potest, dum vivit. *L.* 4. *D. de adimend. vel transf. legat.* Hanc autem significationem esse superiorum verborum in usu iuris, liquere potest ex *L.* 3. *C. eod.* ubi dicitur, defuncta codicillis contulisse secreta voluntatis suæ in aliquem, pro eo, quod est, contulisse iudicium suum in eum, dum de eo contraria voluntate quid statuit posteriore codicillo secus, quam priore inscripserat.

XX. Hoc loco notandum, ut sit institutio captatoria, nihil referre, utrum conditio sit de obtinenda hereditate heredis instituti, an alterius: de obtinenda testatori ipsi, an alteri. Satis esse si testator alienam hereditatem cuiuscunque captet vel sibi, vel alteri. Ut puta, nihil interest, utrum testator ita scribat, *Mævius heres esto, si ipse me heredem instituet*, aut, *qua ex parte me heredem instituet:* an

7) Cuiac. 16. *Obs.* 11. Captare est referre præ manu gratiam, quam captamus, & quasi reposcimus, necdum accipimus. A. Guibert. *Lib.* 1. Q. 7. *n.* 13. *& seqq.* Captare est instanter capere, & summo desiderio bona aliorum venari Horat. 2. *Sat.* 4.

. . . . . Captes astutus utrique
Testamenta senum.

Sic captare cænam Martial. *Lib.* 2. *&* 7. Io. Dauth. *de Testam. n.* 26. *& seq.* hanc institutionem esse genus quasi piscationis, qua quis hereditatem suam in hamo defert, ut ab alio, uberiorem forte, alliciat.

an vero ita; *Mævius heres esto, qua ex parte Titius me heredem instituet*, d. L. *illæ, in pr. de her. inst.* priore institutione captatur hereditas ipsius heredis instituti: posteriore, alterius, ideft Titii. Similiter nihil interest, utrum testator ita scribat; *Titius heres esto, si me heredem instituet*; an vero ita, *si Mævium instituet*, seu *si Mævium tabulis testamenti sui a se scriptum ostenderit*, ut est exemplum *d. L. illæ in fi.* illic captat testator hereditatem heredis sibi: hic Mævio. In summa etsi captatur in his exemplis hereditas dissimiliter: vere tamen dicetur simplicieter eam captari in omnibus, & in omnibus positam esse illecebram, qua vel alius amore heredis instituti ductus, velit testatorem heredem instituere, quo heredi instituto consulat: vel ipse heres velit alium heredem institutum, dum conditioni parere, & hereditatem auferre studet. Quæ omnia in sententiam senatusconsulti incidere, quo captatoriæ institutiones prohibitæ sunt, scriptum est in *d. L. illæ in fi.*

XXI. Postremo desiderat institutio captatoria conditionem de hereditate obtinenda in futurum conceptam, non in præteritum. Ut puta, illæ institutiones non valent, *Titius heres esto, si me heredem instituet*, quales supra retulimus. At illa valet, tanquam minime captatoria; *Titius heres esto, qua ex parte me heredem instituit*, verbis in præteritum collatis, *d. L. illæ, in pr.* quandoquidem si tum conditio falsa fuit, ideft si heres iam tum testatorem non instituit; statim infirmatur [8] institutio, ac ne institutio quidem est. *§. conditiones, Inst. de verb. oblig. L. cum in secundo D. de iniust. rupt.* Sin fuit vera conditio, ac testatorem heres iam tum heredem instituit: etsi non suspenditur institutio; tamen ideo hac conditione non est captatoria, quia hic testator nihil captat. Captamus enim ea, quæ non habemus, dum id agimus, ut capiamus. Hic autem testator ante institutus institutionem iam satis sibi quæsitam habet: ut dare quidem possit operam, quo hanc retineat: illud non possit, ut acquirat quam iam habet.

8) *L. 81. §. 1. h. t.* Ubi tamen ut sustineatur, sufficit quocunque gradu fuisse institutum *L. 20. §. ultim. de cond. inst.* Quæritur, an testamentum, quo coniuges se mutuo instituunt, valeat, an vero institutio captatoria sit? Non esse A. Aug. 4. *Emend.* 15. Connan. 10, *Comm.* 6, *n.* 6. Alvar. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 7. *n.* 6. Plura de Captatoria instit. Sarmient. 2. *Select.* 4. Ant. Fab. multa, & nimiopere innovans, 51. *Err. Pr.* 4. *&* 6. *seqq.* *&* 52. *Err.* 1. *&* 3. *seqq.*

CAP. XX.

Quot heredes institui possint, & quibus ac quot ex partibus.

Testator potest instituere vel unum heredem vel plures. I.
Item plures gradu. II.
Iam ex æquis partibus, quam ex disparibus. III.
Hereditatem in quot velit partes dividere potest. IV.
Ea iuris Auctoribus dicitur As. *Huius partes duodecim. Harum cum singularum per se, tum coniunctarum nomina.* V. VI.
Quid in his nominibus animadversione dignum. VI.
Quot, & quibus ex partibus heredes instituti sint, voluntatis quæstionem esse, non potestatis. VII.

I. IAm quot heredes institui possint; quibus, & quot ex partibus, videamus; quæ duo reliqua erant in potestate instituendi heredis, de quibus cognosceremus. Quorum in utroque Ius expeditum est. Hic enim libera potestas est statuendi testatori, ut velit sine exceptione. Unum heredem tantum instituere quis potest, ut tribus verbis testamentum perficiat, si velit, ut dicat: *Titius heres esto*, *L. 1. §. qui neque, D. de her. inst.* Potest & plures instituere usque in [1] infinitum, quot velit. *§. & unum, Inst. eod.*

II. Nec tantum plures numero, sed etiam plures gradu. Potest enim quovis gradu plures instituere; potest & plures gradus

1) Ubi tamen Infinitum non est multitudo extremis carens, sed incerta legibus non definita. Egu. Baro *in d. §.* 5. Sicuti & in *L. 68. de R. V.* Vult. *in d. §. 5. n. 1.* Obrecht. *Disp.* 20. *n.* 260. *& seq.* Estque Synecdoche generis, numerus infinitus pro indefinito. Extremæ dementiæ esset omnes instituere. Quomodo enim omnes nominari, & demonstrari possent; Gomez. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 2. Imperite igitur Accurs. *in d. §. 5.* Heredes institui posse omnes homines mundi. Et falso etiam. Nec enim possunt servi, deportati, peregrini, omnesque non cives. Nec semper verba, *in infinitum*, immensum quid, & immodicum significant, ut *in L. 7. §. 1. ad L. Iul. repet.* Cuiac. 6. *Obs.* 18. *L. 4. §. 2. de in lit. iur.*

dus heredum facere, ut prioribus quibusdam institutis, alios in eorum locum substituat. *L. potest, D. de vul. & pup. Inst. de vulg. in prin.* Sed de substitutionibus separatim postea dicendum est. Et quod valet in numero heredum, idem iuris est in hereditatis partibus.

III. Cum instituit quis plures heredes, potest quas velit hereditatis partes facere, vel ut eos instituat ex æquis partibus, vel ut instituat ex disparibus.

IV. Potest & in quot velit partes hereditatem dividere, ut tot ratæ sint, quam multas dixerit, nec plures intelligantur. *§. non autem, Inst. de her. inst.*

V. Sed quoniam qualescunque & quotcunque partes ex voluntate testatoris futuræ sint, commoditas divisionis exigit, ut certæ partes intelligantur: ideo commoditatis huius retinendæ caussa, iuris auctores hereditatem quoddam totum esse statuerunt, & huius certas partes. Illis hereditas dicitur *as*, cum ad nomen totius dividendi caussa redigitur. Huius assis partes [a] *duodecim*; quarum unaquæque separatim uncia nominatur. Crescente autem singularum numero, ut cum dicimus duas, tres, quatuor, quinque; singulis his partibus nomina certa attributa sunt usque ad assem: quæ referuntur in *§. hereditas, Inst. de her. inst. L. servum*. 50. *§. ult. D. eod.* significatio singularum exposita a Theophilo in *d. §. hereditas*.

VI. In illis nominibus illud animadversione dignum est, quod cum omnia indita sint ad numerum significandum, & fere eamdem analogiam, & verbi originem eamdem præ se ferant; quædam tamen significant numerum partium totius; quædam numerum unciarum, magno, ac longe distincto significationis intervallo. In quo falli valde proclive est, nisi moneamur. Nam in his sextans non significat sex uncias, sed sextam partem totius assis, id est duas uncias; quadrans non significat quatuor uncias, sed quartam partem assis: id est, tres uncias ex duodecim. Idemque fit in triente. At quincunx, quod appellatur eadem forma, & eadem analogia, non significat quintam partem assis, ut sint duæ unciæ, & aliquid amplius; sed significat uncias quinque; sic septunx septem uncias; dextans decem uncias; non autem septimam aut decimam partem assis. Ut igitur hæc recte notentur a nobis, & ne nos fallant; observandum est in his nominibus quatuor esse, quæ exprimant numerum partium totius. Hæc autem sunt, sextans, quadrans, triens, semis. Cætera significant numerum unciarum, ut in singulis ordo, quo hæc usque ad assem collocata sunt, poterit indicare. Sic usus apud Romanos obtinuit, quem penes arbitrium est, & vis, & norma loquendi, ut est apud Horat. *in Arte*. Quamquam nihil hic admodum fit adversus analogiam, si cum omnia quantitatis, & numeri significationem habeant, quædam ad numerum partium potius, quædam ad numerum unciarum referantur, partium omnium melius exprimendarum caussa.

VII. Quot sint heredes, & quibus ex partibus, voluntatis quæstio est, non potestatis testatoris. Hæc enim ita sunt, non ut testator statuere potuit, sed ut voluit. Ideo ad sequentem locum de voluntate testatoris in instituendo spectanda, referenda sunt.

a) Cuiac. *in L.* 13. *h. t.* Ut Astrologi res omnes revocant ad 12. partes, ita & ICti hereditatem, usuras, res solidas omnes. Et si testator plures aut pauciores partes fecerit, tacito iure in 12. semper hereditas resolvitur. Vid. & de numeri duodenarii commoditate, Duar. 2. *Disp.* 36. & Budæ. *libris de asse*. Confer. Ant. Aug. 2. *Emend.* 8.

CAP. XXI.

Instituere heredem quid sit. Institutum judicio defuncti videri, qui & verbis institutus sit institutionem significantibus, & sententia testatoris verbis congruente. Alterum sine altero ad omnem institutionis partem nihil prodesse: sive de persona instituti agatur, sive de institutionis forma, sive de hereditatis partibus. Quod quale sit, in singulis ordine declaratur.

Quid sit heredem instituere. I.
Perficitur institutio verbis voluntatem declarantibus, & sententia verbis congruente. Utrunque necessarium. Non esse contrarium, quod dicitur, voluntatem totum facere. II.
Constat institutio: persona instituti, huius institutione, partibus hereditatis, si plures instituti sint, distribuendis. III.
Verba hic generaliter accipi pro scripto, & voce *testatoris*. IV.
Heredem verbis demonstrari oportere. V.
Id fieri vel nomine suo, vel signo aliquo indubitabili. VI.
An recte heres nuncupetur digiti indicio cum præsens est, qui ostenditur. VII.
Quid si testator optaverit aliquem sibi heredem, atque huius loco instituerit alium, hunc, quem vellet, existimans. VIII
Non esse satis, scriptum quem, aut nuncupatum esse, nisi eum testator heredem voluerit. IX.
Eum noluisse accidere posse vel eius errore, *vel* incogitantia. X.
Error aut in corpore, aut in coniunctione sanguinis. XI.
Quando in corpore. XII.
Quando in sanguinis coniunctione. XIII.
Hereditas per errorem institutis non aufertur ut indignis, sed quasi scripti non essent. XIV.
Falsam demonstrationem neque institutioni, neque legato nocere. XV.
Quo modo accidere possit ut per incogitantiam testator heredem nuncupet quem nolit. XVI.
Quod in persona heredis instituendi ut verba, & voluntas testatoris concurrant; idem in eius vocatione ad hereditatem requiri. XVII.
Ut institutio valeat, necesse non esse plenam orationem institutionis exprimi. Has institutiones: Lucius heres; Lucius esto, *valere.* XVIII.
Quid si Lucius *tantum.* XIX.
Si testator conditionem inserere destinans, non addiderit, eum, qui scriptus sit, pro non instituto habendum. XX.
Huic sententiæ non adversari quod Iustinianus constituit in L. si testamentum 8. C. de instit. & subst. XXI.
Partes hereditatis, quo modo relictæ intelligantur, ex eadem scripti, & voluntatis regula æstimandum. XXII.
Ex æquis partibus volens testator heredes facere, nihil necesse habet cavere de partibus. XXIII.
Secus si ex disparibus. XXIV.
Quid si aut nulla, aut non tota portio adscripta sit, quam testator adscribere voluit. XXV.
Nec voluntas sine scripto valet, nec contra. XXVI.

I. CUm instituti poterunt, quos testator sibi destinavit heredes, de qua potestate hucusque dictum est: restat ad deferendam hereditatem, ut voluntas ad rem conferatur; id est ut quemadmodum potuit heredes instituere, sic instituat. Aut si iam de testamento facto agitur; restat, ut quæratur, an sint instituti. Sic enim posuimus initio, cum de heredibus instituendis agere cœpimus, voluntate testatoris nobis directo deferri hereditatem, cum ab eo heredes instituti sumus. Et vero ad eam rem lex duodecim Tabularum huiusmodi institutionem, & in ea institutione voluntatem defuncti præcipue confirmat, ut declaratur in *L. verbis, D. de ver. sig.* [1] Instituere heredem, est designare, quem velis tibi heredem

1) Govean. 1. *Var. Lect.* 1. *n.* 3. *& ad Rubr. D. de vulg. n.* 5. Vis verbi *instituere*, inquit, est ponere, & collocare Cic. 2 *ad Attic.* Vectium iudicem in rostra produxit, eumque in templo instituit. & *d. c.* 1. *n.* 4. Merito institutus dicitur, quem in patrimonio, & iuris nostri locum ponimus, & locamus. Loriot. *de Iur. arte Tr.* 13. *de Hered. instit. Axiom.* 1. Instituere a *statuo*, vim cuiusdam legis continet, & in futurum aliquid faciendum disponit. Vid. & Vacon. 4. *Declar.* 60. *n.* 1. Duar. *h. t. Ca.* 1. Vult. *in Pr.* 1. *de Exher. n.* 3. *& seqq.* Contra Hotom. *ad pr.*

redem, seu bonorum, & universi iuris successorem esse. Sic enim dictum est instituere, ut compositio verbi indicat, quasi *statuere*, & *locare aliquem in re aliqua*. Qua autem in re, intelligimus ex adiuncto, cum heredem institui dicimus. Heres enim est universi iuris successor; uti hereditas universi iuris successio. *L. hereditas D. de reg. iur.* Unde intelligitur, heredem instituere nihil aliud esse, quam locare aliquem in re tua, seu statuere eum, qui in locum, & ius tuum inducatur. Solum hic videndum ad voluntatem, & iudicium testatoris, quibus rebus perficiatur heredis institutio, ut, his animadversis, etiam ex his institutio deprehendatur.

II. Perficitur heredis institutio duabus rebus: [2] verbis testatoris voluntatem de institutione significantibus, & testatoris sententia verbis congruente. *Verbis*; ut quidquid testator cogitarit de rebus ad institutionem pertinentibus, quas easdem velit institutione contineri: id verbis testamenti exprimat, aut significet. *Sententia*, ut quod de his rebus scripsit, dixitve, id senserit, voluerit. Neque voluisse quid ad deferendam hereditatem quidquam prodest, nisi & testator verbis detulerit, expresserit: neque contra quidquam scripsisse, aut dixisse, nisi voluerit. *L. 9. in pr. D. de her. inst.* Nec quisquam putet contrarium esse, quod dicitur, voluntatem testatoris in testamentis totum facere. *L. ex facto. §. rerum, D. de her. inst.* Hoc enim ubique de voluntate accipiendum est, quæ sit testata: quando & de testamento hic agimus, & heredem institutum intelligimus, qui sit testamento institutus. Utrunque horum sic in institutione intervenire oportet, ut & ipsa concurrere oporteat in omnibus institutionis necessariis partibus.

III. Constat omnis institutio natura tribus rebus; persona heredis instituti; huius institutione, id est vocatione ad hereditatem; & partibus hereditatis inter heredes distributis, si plures instituti erunt. Nam, ut cuiquam deferatur hereditas, esse oportet, cui deferatur, & certo modo deferri; & inter plures heredes certas partes hereditatis fieri. In his, inquam, tribus, ad institutionem heredis concurrere duo hæc oportet, verba, quibus hæc exprimantur, & sententiam testatoris; ut neutrum sine altero quidquam proficiat.

IV. Verba hic generaliter dicimus, *scriptum*, aut vocem testatoris; ut tamen utrique generi testamentorum accommodata verba intelligantur: nempe scripta in testamento scripto; nuncupata in eo, quod fit per nuncupationem. Utro enim genere institutio exprimatur, dummodo verba sint testamento convenientia, nihil interest. Is quidem vere institutus dicitur, qui scriptus est. *d. L. 9. in pr. de her. inst.* Sed & eum recte institutum dicimus, qui scriptus non est, sed solum nuncupatus, ut est in *L. 1. §. 1. D. eod.* Utcumque est, verba certe alterutrius generis cum sententia testatoris ut in omnibus superioribus partibus concurrant, voluntas testatoris, quæ testata esse debet, exigit. Quod quam verum sit, quamque ad superiores istas partes pertineat, ex singulis ordine cognoscamus.

V. Et ut ordiamur ab heredis persona, iam primum [3] designari verbis oportet, & eum certum, quem sibi heredem testator velit. Heres institui, nisi certus demonstretur, nemo potest. *L. 9. §. heres, de her. instit.* Itaque illæ institutiones nullius momenti sunt: *aliquis ex fratribus meis*, aut *aliquis ex cognatis meis heres esto*. Nemo enim hic demonstratur. Proinde nullus erit heres, quamvis, cæteris omnibus uni concedentibus, aliquis exsistat, qui se dicat paratum hereditatem suscipere. Nam nec is designatus est, aut demonstratus verbis; quod quærimus.

VI. Demonstratur heres citra controversiam nomine suo. Sed demonstratur & sine nomine, signo quovis, & quavis demonstratione, ex qua intelligi possit, quis designetur. *d. L. 9. §. si quis nomen, de her. inst.* Et generaliter in omnibus partibus iuris ad res indicandas, & nominatim appellandas, demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum, D. si cer. pet. L. nominatim, 90. D. de leg. 3. L. nominatim, 34. D. de con. & dem. L. 2. D. de lib. & post. §. nominatim, Inst. de exh. lib.* Et ideo recte heres instituitur hoc modo: *frater meus, cognatus meus, præceptor meus mihi heres esto*; cum testator unum fratrem, unum cognatum,

ad pr. l. de vulg. subst. Instituere ait, hoc differt a ponere, & collocare, quod iter a meta. Instituere est parare: ut instituere ad eruditionem, & virtutem. Instituere filium, id est adoptare Cic. *pro domo*. Instituere tutorem Cic. *Lib. 1. de Orat.* Instituere amicos, id est comparare &c. Nec institutus heres in sede nostra collocatur; raro enim moribundi testamenta condunt, sed paratur, & reservatur ad usum, ita Hot.

2) Nutu heres institui nequit per *L. 29.* ubi vid. *not. Goth. C. de Testam.* vid. & Cuiac. *Consult.* 36.

3) Ab ipso testatore. Non igitur valet institutio ad interrogationem tertii, notaris forte facta: visne L. Titium tibi heredem? Volo. Vid. Vigl. *in §. 3. I. de testam. n. 9. & seqq.* Fachinæ. 10. *Controv.* 27. Arumæ. *Exer. Instit.* 8. *Th.* 5. Diss. Fachin. 5. *Controv.* 69. sed retractat suam sententiam *d. C.* 27.

tum, unum præceptorem haberet. Nam & hoc modo recte filius exheredaretur: *filius meus exheres-esto*, cum esset unicus. Ubi tamen præcipue exigitur, ut exheredetur filius nominatim. *d. L.* 2. *D. de lib. & post. d. §. nominatim, de exh. lib.* Sic nimirum demonstratio certam personam facit, quod solum exigimus.

VII. Hinc etiam non dubitatum, quin recte heres ita nuncupetur digiti indicio: *hic mihi heres esto*, cum præsens est, qui ostenditur. *L. nemo*, 58. *D. de her. inst.* Demonstrationem turpem, & contumeliosam hic excipimus. Hac adiecta, odio scribentis nulla est institutio, ut & legatum. *d. L.* 9. *§. si quis nomen, de her. inst. L. turpia in pr. D. de leg.* 1. Sed de ea satis dictum est in institutionis modo. Neque vero alia de caussa exigitur, ut certus verbis demonstretur heres, quam quod ne demonstratus quidem intelligitur omnino, qui certus demonstratus non fuit. Pro non dicto est enim, aut non scripto, quod ita dictum, scriptum est, ut non intelligatur. *L.* 2. *D. de his, quæ pro non scrip. hab.*

VIII. Quod si ita est: multo minus habendus est pro instituto is, de quo omnino testator nihil scripsit. Quod usque adeo placuit; ut, quamvis testator optaverit aliquem sibi heredem esse, atque adeo hucusque processerit, ut huius loco alium instituerit, dum hunc, quem vult se instituere existimat in corpore errans: tamen placeat institutum non esse, quem voluit. Quia voluerit quidem heredem eum habere, sed non scripserit. Itaque [4] neutrum heredem futurum: neque eum, qui scriptus est, quia voluntate deficitur, de quo mox; neque eum, quem voluit, quia scriptus, aut verbis appellatus non est. Ideo, ut scribatur, ut verbis appelletur heres, ad institutionem exigimus. Hoc in *d. L.* 9. *in pr. de her. inst.* At enim illa institutio valet; *Cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto.* L. institutio, *D. de cond. inst.* ubi tamen testamento nemo scribi, aut demonstrari videtur. Sed satis demonstratur heres his verbis. Is enim designatur, quem codicillis contineri postea cognitum erit. Unde ducatur demonstratio, dum certa sit, ad demonstrationem nihil interest. Non nunc quidem demonstratur his verbis heres, sed demonstratio ad tempus futurum refertur. Quod si postea certum esse cœperit, & ipsam testamenti demonstrationem ex illo certam fieri necesse est.

IX. Non est satis, scriptum, aut nuncupatum esse heredem, ut sit institutus. Non erit heres, nisi & testator heredem esse voluerit.

X. Quid ergo, potest quis heres scribi aut nuncupari verbis, ut tamen testator heredem esse noluerit: cum nec dicat, nec scribat quisquam, nisi volens? Sane vero potest: idque dupliciter contingit, vel errore testatoris, vel incogitantia.

XI. Error hic voluntatem impediens duplex est: Aut enim est in corpore instituti, aut in coniunctione sanguinis.

XII. In corpore: cum testator eum, quem instituere volebat, de facie, & corpore non novit; & in hac ignorantia alium instituit, ratus, eum esse, quem voluit. Placet, eum qui scriptus est, heredem non esse, quia voluntate deficitur. *L.* 9 *in pr. de her. inst.* Et generaliter nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. ead. *L.* 9. *in pr.* vers. *sed si conditionem*. Finge, testatorem habere aliquem cognatum peregre, quem non noverit, & nunquam viderit: nuntiari autem hunc esse Lucium Titium, qui sit reversus, quod & testator crediderit, cum is non esset. Si in hoc errore testator Lucium Titium heredem instituat, ut dicat, *Lucius Titius, qui ex peregrinatione reversus est, heres esto:* hic heres non erit. Unde eveniet, ut neuter sit heres: neque qui scriptus est, quia hunc testator noluit heredem: neque cognatus, quem voluit, quia is scriptus non fuit. *d. L.* 9. *in pr. de her. instit.*

XIII. Idem efficit error in coniunctione sanguinis. Est autem hic error huiusmodi: si quis, puta, eum, cuius in corpore non erret, quia hactenus bene eum noverit, existimet filium suum esse, qui erat suppositus; fratrem esse tanquam a patre adoptatum, qui adoptatus iure non erat. Horum aliquem si scripserit heredem ut filium, aut fratrem, qui non erat: pro instituto non erit: quia testator noluit sibi heredem esse, quem propter coniunctionem sanguinis sibi heredem instituebat. *L. neque*, *C. de testa. L.* 4. *L. nec apud*, *C. de her. inst.*

XIV.

4) Exemplum dicit post Accurs. Duar. *h. t.* C. 3, & *ad L.* 4. *de Leg.* 1. esse in Isaaco: qui volens instituere Esauum, instituit Iacobum deceptus. Hic, licet velit Conn. 10. *Com.* 6. *n.* 8. Esauum recte institutum censeri, ex LL. Romanis: neuter heres. Nec obstat, inquit, quod voluntas semper spectanda. Licet enim evidens sit, sola non sufficit. Instituere est nuncupare, vel scribere *L.* 1. *h. t.* non velle scribere. Est enim hic actus, in quo sola voluntas non sufficit. Quorsum alias solemnia tanta? Et exemplum apertæ voluntatis, nec valentis tamen, in *L.* 46. *h. t.* de qua vid. Cuiac. 2. *ad Afric.*

XIV. Neque his heredibus ita scriptis, aufertur hereditas ut indignis, & vindicatur fisco: sed quasi scripti non essent, ita hereditas ad eos pertinet, qui, iitis omnino non scriptis, heredes futuri essent. *d. L. nec apud, C. de her. Inst.* Quod eo pertinet, ut, quod dicitur in *d. L.* 3. *C. eod.* huiusmodi institutis auferendam esse successionem, sciamus, sic accipiendum esse, ut auferri quidem debeat; non tamen ut indignis, ut sic vindicetur fisco: sed auferri, ut iis, qui heredes non sunt; qui propterea restituere debeant veris heredibus.

XV. Sed hæc, inquam, ita sunt, si quis erret in coniunctione sanguinis; alioqui si quis sciens, Lucium Titium sibi filium, aut fratrem non esse, eum tamen sic instituat, ut filium, aut fratrem vocet, nihilominus heres erit. *L. nemo*, 58. *in fin. D. de her. instit.* Nec nocebit falsa demonstratio, quæ ex errore non nascens voluntatem testatoris non impedit. *L. falsa, D. de cond. & dem.* Nam plerique quos maxime diligunt, solent filios, & fratres appellare. Cæteris in rebus falsa 5 demonstratio, nec si ab errore profecta sit, institutioni nocet. Veluti si quis erret in patre, aut patria heredis, vel in alia assumptione: & ex eo errore falsum aliquid heredi attributum sit. Hic, dum certus sit, qui demonstratur, institutio valet. *L. his verbis*. 48. *§. ult. D. de her. inst.* Ut puta, testator ita scripsit: *Lucius Titius Sempronii filius; Lucius Titius Belga; Lucius Titius Grammaticus mihi heres esto*. Non erat Sempronii, sed Mævii filius; non Belga, sed Germanus; non Grammaticus, sed Rhetor. Nihilominus in his omnibus institutio valebit. Pertinet enim ad definitionem generalem de demonstratione, falsam demonstrationem neque institutioni, neque legato nocere. *L. falsa. L. demonstratio, D. de con. & dem.* Quod semper ita accipiemus, dum nihil amplius sit, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui voluntati obstet: qualis nasci solet ex errore sanguinis; ac propter hanc opinionem instituitur quis, ut consanguineus, qui non erat, ut supra dixi.

XVI. Interdum & incogitantia testatoris facit, ut quamvis nullo modo erret in persona instituti: tamen eum scribat, aut nuncupet heredem, quem nolit. Quod cum fit, ne hic quidem heres erit, quem noluit. Finge, cum Primum heredem ex parte dimidia instituere destinasset, idque constaret. Primum, & Secundum scripsisse, vel oblivione, vel obreptione, & falsa suggestione eorum, qui aderant. Placet solum Primum scriptum videri, & heredem exsistere, quasi ex dimidia parte institutum. *d. L. 9. in pr. vers. extremo, de her. inst.* De hac incogitantia constare poterit vel ex eo, quod testator prius testatus sit coram testibus, se in animo habere ex semisse tantum Primum instituere: vel ex verbis testamenti, si forte in principio scripserit, si quem præter Primum ex semisse heredem instituerit, nolle se eum heredem esse: arg. *in L. si quis in principio*, 22. *D. de leg.* 3.

XVII. Quod in persona heredis instituendi exigimus, ut & in hoc designando verba, & in instituendo voluntas testatoris concurrant: idem exigimus & in huius institutione, idest in huius vocatione ad hereditatem. Hæc nisi verbis expressa, nulla futura est, quamvis testator factum voluerit: nec rursum expressa contra voluntatem valebit. Verbis exprimi institutionem oportet. Quibus exprimatur, sane nihil refert. Verba tamen semper intervenire oportet, quæ hanc significent. *L. quoniam, C. de test.* scilicet ut dicat testator: *Titius mihi heres esto*; vel *Titius hereditatis meæ dominus esto*; quæ vetus formula fuit heredum instituendorum, aptissime id, de quo agitur, exprimens. *L.* 1. *§. qui neque L. his verbis, D. de her. inst.* Ulpianus *in Frag. Tit. quem her. inst. deb.* vel ut dicat, quo significet, se velle hereditatem suam, & successionem ad aliquem pervenire. Ideo & hæc quoque verba pro institutione hodie valebunt. *Titio bona mea, patrimonium meum, facultates relinquo*. Quæ verba in testamentis pro hereditate accipiuntur, ubi voluntas testatoris aliter consistere non potest. *L. nam quod, §. ult. L. cogi, seq. D. ad S. C. Treb.*

XVIII. Verumtamen hic notandum est, non necesse esse, plenam orationem institutionis exprimi, ut institutio valeat 6 satis est, si ea verba ponantur, quæ non possint convenire recte, nisi institutioni: ut, his positis, quod deest orationi, supplea-

5) Exemplum est in *L.* 5. *C. h. t.* ubi non ex eo valet institutio, quia inter virum, & uxorem sit quædam affinitas, ut ibi notat Goth. Sed quia falsa demonstratio non vitiat, ut recte Marth. Gribald. *Lib.* 1. *de Rat. stud.* C. 10.

6) Et verba quoque enunciativa institutionem inducere; maxime si non in præterito vel futuro, sed in præsenti, & per modum caussæ prolata: Ut: *Quia Lucium heredem instituo, lego Titio centum*, statuit Modest. Pistor. *P.* 4. *Q.* 46. Imo, etsi in præterito prolata per modum caussæ, efficacia, tex. de exheredatione *in L.* 61. *h. t.* Multo magis igitur in institutione. Non autem huc pertinet *L.* 19. *h. t.* Nam ibi in vers. *an hic occupare possit*, non quæritur de Seio, qui conditione, sed de Sempronio, ut ostendit Bellon. 2. *Supputat.* 18. & A. Fab. 5. *Conisct.* 20.

pleatur, atque ita valeat institutio. Quod si ea verba erunt, quæ institutioni quidem aptari possint, verum non soli: nihil actum est: quasi nihil scriptum sit certi de institutione; quod exigimus. Hoc illud est, quod placet veteribus has institutiones valere: *Lucius heres*; etsi non adiiciatur, *esto*: & *Lucius esto*, etsi non adiiciatur, *heres*, ut & illic *esto*, & hic *heres* intelligatur; quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. At si testator solummodo dixerit, *Lucius*, hoc [7] non procedere, ut differitur in *L. 1. §. si ex fundo, D. de her inst.* Recte omnia. Nam utraque harum orationum, *Lucius esto*; & *Lucius heres*, etsi non est absoluta: hactenus tamen progreditur, ut intelligatur, non posse convenire, nisi institutioni. Illa quidem, *Lucius heres*, aperte verbum substantivum desiderat, *esto*, vel *est*. Quo addito, institutio perficitur. His autem verbis, *Lucius esto*, non potest recte, & testamento convenienter allud intelligi, quam *esto heres*; minime autem *esto legatarius*. Primum his verbis, *iste esto mihi legatarius*, nemo neque olim solitus est, neque hodie uti solet ad legatum alicui relinquendum. Tum autem ad legatum esset inutile, quandoquidem legatum non intelligeretur. Neque enim exprimitur res, ex qua legatarius habeatur. Quod scriptum non intelligitur, pro non scripto est. *L. 2. D. de his, quæ pro non scr. hab.*

XIX. At illud verbum, *Lucius*, si solum scriptum est, ideo ad institutionem non valet, quia in eo nihil est, unde institutio, non dico, exprimatur, sed intelligatur. Non enim magis potest convenire institutioni, quam legato. Potest intelligi hoc verbo, *Lucius heres esto*: sed potest & illud, *Lucius rem aliquam sibi habeto, capito, vindicato*. Quibus verbis olim legabatur per vindicationem, Testis Ulpianus in *Frag. Tit. de legat.* Quod tamen dicimus hoc verbo, *Lucius*, solo posito, nihil actum videri, nec fore eum heredem: sic accipiendum est, nisi errore scribentis hæc verba, *heres esto*, omissa sint. Quibus, ita omissis, nihilominus heredem hinc existere posse placuit quasi hoc casu minus scriptum sit, plus nuncupatum. *L. errore, C. de test.* Error scribentis indicat, voluntatem testatoris fuisse in hoc verbo, ut Lucius institueretur heres. Ideo enim in superioribus verbis omittendis scriptor erravit, quod, cum ex voluntate testatoris deberet illa adiicere, per errorem omisit. Sic autem facile probabitur error scribentis, si constet, testatorem dictasse: *Lucium heredem*; deinde hæc verba, *heres esto*, desint. Quod, si de errore scribentis, in his omittendis, nihil probetur, idest nihil de voluntate testatoris, quasi declararit prius se velle, hunc sibi heredem esse: nihil est in verbo: *Lucius*, unde hæc voluntas deprehendatur. Summa huc redit nihil ad rem pertinere si testator voluit aliquem heredem sibi esse: si non scripsit, heredem non futurum: nisi aliquid ex verbis institutionis posuit, ex quo possit intelligi, eum instituendi Lucii caussa posuisse, vel propter naturam orationis, quæ institutioni solum conveniat, vel propter errorem scribentis; idest propter voluntatem instituendi præcedentem, quæ declaret, verba esse omissa per errorem.

XX. Demus iam verba institutionis plene, & dilucide scripta esse. Æque atque adeo multo magis nihil agitur, si voluntas refragetur. Voluntas est, quæ facit, ut in testamento scriptum valeat. *L. 12. in fi. D. de leg. 1.* Ut illud vere definiatur in universum, nec nuncupatum, id est verbis enunciatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. *d. L. 9. in pr.* vers. *sed si conditionem, de her. inst.* Cuius sententiæ tot sunt exempla, quot in caussis fieri supra diximus, ne testator eum vellet esse heredem, quem vel errore, vel incogitantia scripsisset. Cuius enim personam repudiat in institutione, ne sit heres, eius quoque aperte institutionem improbat, si ad hanc usque verbis processerit. Non enim fit, nisi institutione heres. Quæ, si in institutione servantur: necesse fuit admitti in conditione, quæ institutioni adiiceretur: ut sive ullam adiicere destinasset testator, neque scripsisset, nulla esset institutio: sive addidisset, quam nollet, ea haberetur pro non adiecta. Conditio namque institutionis pars est, & quidem maxima. Hac enim existente, fit, ut institutus sit heres, id est vere institutus. Deficiente, ut ne sit omni-

no

[7] Recte. Ex solo nomine intentio voluntatis instituendi heredem nequit liquere, & coniectari. Ant. Massa Gaies. *Lib. 2. de Exerc. Iurisperit. n.* 28. Non igitur audiendus Cuiac. *in d. L. 1. §. 5.* putans Marcelli sententiam illic relatam non obtinuisse: Nec Loriott. *de I. arte Tr. 13. de Her. inst. Axiom.* 4. exponens, *non insubtiliter*, id est, non valde subtiliter, ut vocula *in* non privet, sed augeat. Et simile putat haberi in *L. 7. §. 6. de pact.* ibi, *quod non insubtiliter*, id est, inquit Loriottus, non valde subtiliter, *dici potest*. Sed nos præterea refellit id, quod certe, ætate Marcelli, institutio non nisi directis verbis fieri potuit. *Esto* autem est verbum directum, *Lucius*, solum nomen, & verbum nec directum, nec inflexum. Et formula directorum verborum requirebat, & casum rectum in nomine heredis, & verbum imperativi modi: Vacon. 4. *Declar.* 55. *n.* 3.

no heres. *L.* 1. *L.* 2. *C. de inst. & subst.* Placuit igitur, si testator, cum conditionem destinasset inserere, non addiderit, eum qui scriptus est, nec pro instituto habendum: non dico pro instituto pure, ut conditio subintelligatur; sed omnino pro instituto non habendum, ut est in *d. L.* 9. ver. *tantundem*, *de her. inst.* Et recte: primum, quia conditio scripta non est, quæ maxima ex parte institutionem continebat; ut, hac omissa, perinde sit, quasi non esset scripta institutio. Deinde, quod detracta conditione, ipsa institutio, quæ scripta est, voluntatem testatoris non habet. Quem enim testator, nisi conditione aliqua existente, heredem esse non vult, eum, hac conditione deficiente, non vult esse heredem, proinde nec institutum sine hac conditione; quoniam, hac omissa, sciri non potest, utrum ea exsistat, necne.

XXI. Non adversatur huic sententiæ, quod Iustinianus constituit in *L. pen. C. de inst. & subst.* ex hac scriptura: *Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas*, etiam conditionibus non adscriptis, valere, & puram esse institutionem. Quod enim dicitur, institutum pro instituto non esse; si testator destinans conditionem inserere, non adiecit: sic accipiendum est, si quidem constet, testatorem ita animo destinasse. Quod enim quem fecisse ponimus, etiam fecisse eum probari debet; ut fit in omni re, quæ ab aliquo in iudicio dicitur. *L.* 2. *D. de prob.* Alioqui, verbis testamenti, quæ institutionem puram habent, standum sit; ut & verbis cuiuslibet instrumenti, adversus quæ nihil probetur. *L. eum precibus*, *C. de prob.* At his verbis: *Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas*, non probatur, testatorem voluisse omnino conditionem adiicere. Immo vero, si non adscripsit, hoc ipso probatur potius, eum adiicere noluisse. Adiecisset enim, si vellet, quia poterat, & erat in promptu. Non adiecit. Adiicere igitur noluit: ut appareat, quod addidit de conditionibus, consilium fuisse tantum, quo deliberaret apud se, num quas conditiones addere vellet, necne: post autem hoc [8] consilium omisisse. Idque ex eventu apparet; quia, ut dixi, cum posset, non addidit. Atque ut hoc recipitur in con-

ditione, ut, hac non adscripta, non valeat institutio, eum testator conditionem adiicere voluit: ita placet hoc quoque vice versa, si conditionem addidit testator, dum nollet, conditionem pro non adiecta esse, & institutum, ea detracta, heredem futurum. *d. L. quoties, in pr.* ver. *sed si conditionem.*

XXII. Postremo eadem quoque regula scripti, & voluntatis servatur in partibus hereditatis inter heredes distribuendis. Partes hereditatis non semper verbis exprimi necesse est. Verumtamen necesse est, saltem verbis significari.

XXIII. Cum testator æquas partes inter heredes fieri vult, nihil necesse est caveri de partibus. Ut æquæ fiant, consequitur testator simpliciter eos heredes instituendo. Sic enim æqualiter sunt heredes. *d. L.* 9. *§. heredes*, *de her. inst.* *§. si plures*, *Inst. eod.* Neque tamen sine verbis institutionis, hic partes æquas fieri dixeris. Non exprimuntur hæ verbis: at verbis satis significantur; quod tantundem valet. Cum enim testator plures heredes instituerit, satis significat, velle se singulos habere tantum partem hereditatis: cum singuli solidam hereditatem habere non possint. Iam cum instituti sint omnes pariter, & ex æquo; vel hinc quoque satis intelligitur, quid testator de partibus senserit: nempe voluisse eum, ut, qui ita instituti sunt, hi ex paribus quoque & æquis partibus heredes essent: quoniam ut est ius heredum, ita sunt ea, quæ pro eo iure ex hereditate obtinent.

XXIV. Quod si testator ex disparibus partibus velit esse heredes: hic, ut cogitavit de partibus, ita & verbis exprimi eas oportet. Non solum quia est necesse, ut voluntas testatoris de hac distributione intelligatur: sed etiam quia & hac parte, voluntatem verbis testatam ius exigit. *d. L.* 9. *§. heredes*, *d. §. si plures*, *Inst. eod.*

XXV. Hic tamen idem temperamentum servatur, quod in institutionis verbis supra diximus; ut, si non tota portio adscripta sit, quantam testator scribi voluit: si tamen aliqua pars eius sit posita, tota portio, quam voluit, videatur delata. Ut puta: cum, dictando iussisset, aliquem ex semisse scribi ex quadrante tantum est scriptus. Placet ex semisse heredem fore, idque eadem illa ratione superiore defenditur

8) Duaren. *ad Tit. D. de condit. instit.* C. 3. putat *d. L.* 9. §. 5. abrogari per *d. L. pen.* Hot. 1. *Amic.* 4. hic Triboniani socordiam taxat. Sed rectius, opinor, noster. Quæ & Accursii solutio est; nec tantam divinationem (quæ non omnis ubique aliena, & reiicienda, vid. Zas. *in L.* 15. *de reb. cred.* n. 19. Greg. Lopez. *Animadv.* G. 21. n. 4. & C. 29. n. 3.) continet, ceu videtur A. Fabro 35. *Err. Pragm.* 9. Quin eam potius sequendum, quam, quod Faber facit, triplici modo *d. L.* 9. §. 5. corrigendam, & Imperator in *d. L. pen.* ineptitudinis arguendus. Quorum utrumque ab interpretis officio nimium quantum discrepet.

ditur, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. *d. L. 9. in pr.* ver. *sed si non in corpore, de her. inst.* Et hoc idem, diximus, servari in institutione, cum testator dictasset *Lucium scribi heredem*, & scriptum tantum esset: *Lucius.* Diximus enim & hunc, agnito errore, heredem futurum; idque eadem ista ratione. *d. L. errore, C. de testa.* Fingamus autem, nihil omnino scriptum esse de parte, quam testator addere destinasset. Apparet ex superiore sententia, in ea 9 parte nihil agi, cum ea sententia id exigat, ut saltem aliquid ex ea portione adscribatur; sitque non totum nuncupatum, nihil scriptum; sed scriptum aliquid, plus tamen nuncupatum. At enim si testator ita heredes instituerit, *ex partibus, quas adscripsero*: placet, etiam nullis adscriptis partibus, esse heredes, nempe ex æquis 10. *L. 2. D. de her. inst.* Sed nihil hoc ad rem pertinet. Nos enim agimus de eo, quem constet de certis partibus adscribendis cogitasse, quas non adscripsit. His autem verbis, *ex partibus, quas ascripsero*, non probatur testatorem de aliis certis potius sensisse, quam de iis, quas intelligendas reliquit: id est æquis. Cum hic heredes instituti sint ex æquis partibus, non posse dici, eos institutos esse ex aliis partibus, quam de quibus testator cogitarit. At, dixit, se partes adscripturum postea, neque adscripsit. Nempe huc res redit, ut non sint heredes instituti ex partibus adscriptis. Sed hoc ipsum facit, ut sint instituti ex certis partibus, nempe æquis. Id enim fit, quoties plures instituuntur partibus non adscriptis. *d. L. 9. §. heredes, de her. inst.* Quinimmo etsi, eum, qui omnino destinasset partes adscribere, concederemus nolle valere institutionem, nisi nominatim aliquas adscripsisset; tamen recte negaremus, id ad hanc speciem pertinere. Nihil enim hic proponitur, quo probetur testatorem omnino constituisse adscribere ullas partes. Immo contra ex eo, quod fecit, probatur, eum nullas partes adscribere voluisse. Nam si voluisset, poterat. Quod quia non fecit, satis argumenti est, eum noluisse: quo argumento & antea usi sumus ad defendendam illam institutionem: *Ille heres esto secundum conditiones infra scriptas.* Habet quidem utraque institutio conditionem, si conditiones, si partes postea adscripsero: *L. 6. D. de leg. 1.* ac conditione institutionis non exsistente, etiam quæ ex facto testatoris pendeat, nulla est institutio. *L. institutio, D. de cond. inst.* Verum hæc conditio, ex partibus, quas adscripsero, non adiicitur institutioni, sed partibus. Instituitur enim heres ita, ut semper sit heres, & omnino heres: Veruntamen ex certis partibus, si modo sint adscriptæ. Unde evenit, ut, hac conditione non exsistente, institutus non sit heres ex certis partibus. Sed, hac parte institutionis sublata, manet altera, ut sit heres ex æquis. Quasi duplici facta institutione, inquit, Ulpianus, una videlicet *pura* de ipsa hereditate, altera *conditionali* de certis, & disparibus partibus. *d. L. 2. de her. inst.* Quæ eadem & in illa institutione intelligenda sunt, *ille heres esto ex conditionibus, quas adscripsero.* Hic enim similiter vult testator, institutum heredem esse: ex conditione quidem, si conditionem adiecerit. Si non adiecerit non quidem heredem ex conditione; sed nihilominus heredem, ut, omissa conditione, intelligatur pure, & simpliciter institutus heres.

XXVI. Ut autem, cum quid de parte testatori cogitata, nihil scriptum est, ea pars omissa habetur, nec valet: ita contra si quis maiori ex parte sit heres institutus, quam testator velit, veluti *ex semisse*, cum dictasset, aut omnino ipse vellet instituere *ex quadrante*, non maiori ex parte erit heres institutus, quam testator voluit: ne scriptum adversus voluntatem valeat. Plane ex quadrante erit heres, ut testator voluit, quasi & hic ex ea sit scriptus: quia in maiore summa continetur minor. Hoc in *d. L. 9. in prin.* versic. *sed si maiorem, de hered. institut.*

CAP.

9) Ubi, quod dicitur, dividi inter heredes oportere, intellige partes non divisas; nam in communione manent, usque ad iudicium familiæ erciscundæ, sed indivisas *L. 7. si pars hered. pet.* Hot. *Illustr. Quæst.* 21.

10) Matth. Gribald. *ad L. Stichum 6. de Leg. 1.* ideo aliud esse, si dicat: *ex partibus, quas adscripsi d. §. 1.* quia hic nihil in futurum sibi perficiendum proponit testator. Nec potest videri in contrario casu ad legis dispositionem rediisse: quia oratio, in præsens concepta, statim aut vera, aut falsa est. Nec potest quis in præsenti simul & renunciare dispositioni legis, & ad eam pœnitentia redire. Vid. not. infra *Lib. 8. C. 31. N. 6.* Diss. & hic A. Fab. 35. *Err. Prag.* 10. totum vers. *sed magis est d. L. 2. pr.* adscribens Triboniano, eumque indigne infectans.

CAP. XXII.

Pluribus heredibus institutis, singuli quibus ex partibus instituti intelligantur, sive instituti sint omnes sine partibus: sive omnes partibus adscriptis; sive quidam ex certis partibus, quidam sine parte.

Heredes aut instituuntur sine partibus; aut partibus adscriptis; aut quidam ex certis partibus, quidam sine parte. I.
Si nullæ partes, omnes ex æquis partibus sunt heredes. II.
Aliis coniunctim institutis, aliis disiunctim, unam tantum partem coniunctos referre. III.
Verbis coniungi heredes vel oratione, *vel* verbo uno. *Eoque vel* plurali, *vel* collectivo. IV.
Interdum oratione, & verbo coniuncti pro disiunctis habentur. V.
Heredibus ex certis partibus institutis, si minus asse distributum reperiatur residuæ partes singulis pro portionibus hereditariis accrescunt. VI.
Si plus, æque singulis similiter decrescit. Huic sententiæ conciliatur. L. cum quæstio C. de Legat. VII. VIII.
Institutis quibusdam ex certis partibus, altero sine parte: hunc, si quid assi deest, residuum habere; si nihil, semissem; si superatus est as, quod dupondio deest. IX. XI.
Quo loco scribatur heres sine parte utrum primo, an medio, an novissimo, nihil referre. X.
Asse quibusdam dato, deinde vocato altero sine parte, hunc alterum assem, id est semissem habere. XII.
Quare. XIII.
Quid si vocatus ex parte. XIV.

I. SEd in partibus hereditatis de voluntate testatoris duplex est quæstio. Una est, quomodo recte ex voluntate partes relinquantur. Altera, partibus nominatim non adscriptis, aut etiam adscriptis, quæ partes, ex voluntate relictæ intelligantur. De priore sunt ea, quæ modo diximus. Fuitque hæc summa, ut ex voluntate recte videantur relinqui, quæ demonstrantur verbis ita, ut sententia cum demonstratione congruat. Posterior ideo inducitur, quia sæpe obscurum est, quid de partibus senserit testator, non tantum partibus non adscriptis, sed etiam interdum maxime adscriptis, de quo iam dicam. Accidit hæc incertitudo varie, prout est scriptura testamenti de partibus. In quo est hæc varietas natura. Aut enim instituuntur omnes heredes sine partibus: aut omnes partibus adscriptis, aut quidam ex certis partibus; quidam sine parte. Quarum caussarum in singulis, ut est dubitatio quæ occurrit, ita adversus dubitationem hæc voluntatis explicatio est.

II. Cum omnes instituti sunt nullis partibus adscriptis, quæritur, quæ esse partes singulorum debeant, cum testator nullas dixerit. Et placuit, omnes ex æquis, & virilibus portionibus esse institutos. *d. L. 9. §. heredes, D. de her. inst. §. si plures, inst. eod.* Efficiente nimirum id testatoris voluntate, quæ ex pari, & æqua heredum institutione satis intelligitur: de quo dixi paulo ante Capite superiore.

III. Hoc tamen non est perpetuum, quod præcipue hoc loco monendum fuit. Id ita temperandum est, nisi quidam coniunctim instituti sint, quidam disiunctim. Hic enim coniuncti unius personæ potestate funguntur; nihilo plus ut accipiant, quam unus ex disiunctis. Ut puta. *Primus heres esto: Secundus & Tertius heredes sunto.* Duo hic semisses fient; ex quibus unum *Primus*; alterum *Secundus, & Tertius*, ut coniuncti, solum habebunt. *L. interdum, 13. in pr. L. Iulianus, 15. L. liber, 59. §. Titius, D. de her. instit.* Et generaliter illud tenendum est, quoties eadem sive res, sive hereditas testamento relinquitur pluribus, inter quos quidam coniuncti sunt, quidam disiuncti: nec partes a testatore exprimuntur: semper in partium distributione coniunctos unius personæ potestate fungi; ut nihil amplius capiant, quam unus ex disiunctis, tanquam coniunctione in unum corpus redacti. *L. plane, in pr. D. de leg. 1. L. unica. §. sin vero quidam, C. de cad. tol.*

IV. Coniunguntur heredes verbis partim oratione, partim verbo uno. *Oratione*, cum plures nominatim oratione comprehensi sunt. Ut *Primus, & Secundus* here-

heredes sunto. L. triplici, *D. de verb. sig. d. L. liber, §. Titius, de her. inst. Verbo uno*, cum aliqui appellantur verbo pluribus communi, vel plurali, vel collectivo. *Plurali*, ut *fratris mei filii heredes sunto. Collectivo*, ut *familia Sempronii mihi heres esto*. Et ideo in hac specie, *Titius, & fratris mei filii heredes sunto*. Placet, fratris filios non plus accipere, quam Titium, etiam si sint sex; quia verbo communi sunt coniuncti. *d. L. interdum, in pr. de her. inst.*

V. Interdum tamen qui oratione, & verbo coniuncti erant, pro disiunctis habentur, & viriles, atque æquas cum cæteris partes accipiunt. Quod fit, cum aliqui coniunguntur addito verbo æque, aut his verbis, ex æquis partibus. Veluti, *Titius, & fratris mei filii æque heredes sunto*. Hoc sic acceptum est, quasi omnes ex æquo sint vocati. *d. L. interdum, in pr. de her. inst.* Item cum ita quis heredes instituit, *Titius heres esto, Caius, & Mævius ex æquis partibus heredes sunto*; placet, hic quoque omnes ex æquis partibus institutus, quasi ita scriptum sit, ex partibus æquis cum Titio, & præcedentibus heredibus institutis. *L. si ita quis*, 66. *D. de her. inst.*

VI. Si heredes certis ea partibus instituti sint; etsi ex certis omnes; tamen hic duplex incertitudo voluntatis nasci solet; qua fiat, ut incertum sit, quas partes accipere debeamus. Prior incertitudo tunc oritur, cum plures ita sunt instituti ex certis partibus assis, seu ex certis unciis, ut aliquid desit assi, seu duodecim unciis: Veluti, cum tres sunt instituti ex quadrantibus singuli, ubi deest adhuc quadrans, seu tres unciæ ad implendum assem. Quæritur, utrum tota hereditas consistere debeat in his tribus quadrantibus, ne ulla pars vacet, quæ ad scriptos heredes non pertineat; an vero heredes instituti nihil amplius capere debeant, quam partes expressas: ne frustra sint expressæ; id autem quod assi deest, debeat vacare quemadmodum & ex verbis testatoris vacat, ut sic deferatur legitimis heredibus. Et omnino si per ius liceret, voluntatem hoc posteriore modo accipi oportuit, quando institutio ita scripta est. Itaque etiam accipitur in testamento militis, cui licet pro parte testatum decedere, & pro parte intestatum. *L. si duobus, L. miles ita heredem, D. de test. mil.* Sed non licet ita testari iis, qui non militant. *L. ius nostrum, D. de reg. iur.* Ideo, ut voluntas eorum servetur, sic huiusmodi institutiones tam in uno herede ex semisse forte instituto, quam in pluribus institutis acceptæ sunt, ut tota hereditas, seu totus as versetur in parte, aut partibus expressis, nec quidquam vacet; quo sic tota hereditas deferatur instituto, aut institutis, nihil autem legitimis heredibus. *§. non autem, §. videamus, Instit. de her. inst.* Constitutum, ut dixi, ideo, quod si partem, quæ assi deest non expressa, placet vacare; eveniet, ut testator hactenus decesserit intestatus, pro partibus expressis testatus: quod ius civile non patitur; ut necesse sit, aut ex hac sententia concidere voluntatem testatoris; aut huius retinendæ caussa, voluntatem, & institutionem sic accipi, ut diximus, quod & veteres statuerunt. Significatur autem hæc ratio in *d. §. non autem, Inst. de her. instit.* At hic pars tamen aliqua assi deest. Occurrunt huic obiectioni veteres, cum dicunt, testatorem distribuere posse hereditatem in [a] tot partes, quot voluerit; item tot uncias assem efficere, quot testator voluerit. *d. L. interdum, §. 1. D. de her. inst. d. §. autem, Inst. eod.* Hoc enim tantumdem valet, ac si diceretur, cum testator heredes instituit ex paucioribus partibus, quam duodecim, sane aliquid deesse assi; si quidem vellet testator dividere assem in duodecim uncias, quæ solemnis assis distributio est. Sed si noluit, non plures partes futuras, quam voluerit; quia liceat ei tot facere, quot velit, ut ne sint plures. Iam non plures eum facere voluisse, hinc constare, quod non plures scripserit: ad voluntatis autem coniecturam hoc accedat, quod necesse sit voluntatem sic accipi, si iure salvam velimus, quod & illum voluisse semper in obscura voluntate testatoris interpretari debemus. *L. cogi*, 16. *in pr. D. ad S. C. Treb.*

VII. Altera incertitudo in partibus expressis nascitur, cum testator in divisione partium assem excessit ita, ut secundo assi cœpto aliquid deesset. Puta unum aut plures instituisse ex asse, seu ex duodecim unciis; alterum ex semisse, vel ex dimidia, aut sex unciis.

Hic

a) Baro *in §. 7. I. 4. 4.* Si pauciores uncias partes a testatore scriptæ complectantur quam as, quod reliquum est pro modo partium nominatim adscriptarum accedit. Nec aliud voluntati defendendæ magis congruit. Qui enim tres ex quadrantibus instituit, putat, tres quartas conficere assem. E diverso si plures uncias complectantur partes adscriptæ, singulis detrahimus, quod supra assem per errorem additum. Qui enim quattuor ex tertiis instituit, putat quattuor tertias in solido. Quod licet falsum sit, tamen quia voluntas aperta, de verbis anxii non sumus.

Hic dubium est, utrum quod posteriori datum est, videatur ademptum prioribus: an vero posterior videatur vocatus in novas uncias, & novas partes, prioribus partibus integris manentibus iis, qui prius instituti erant, quia testator possit tot partes hereditatis facere, quot velit. Utrum dixerimus, apparet, ad partium quantitatem multum interesse. Nam si dimidia ex qua instituitur posterior, intelligitur detrahi prioribus: nihil amplius priores illi habebunt, quam posterior; & cum prius instituti essent ex duodecim unciis, habebunt tantum sex. Contra si dicimus posteriorem in novas uncias vocatum esse, habebit is tantum sex uncias, ex quibus institutus est; priores duodecim, id est duplo plus. Et placuit in hac quoque quæstione, eamdem illam regulam adhiberi; videri videlicet hereditatem, seu assem in tot uncias dividendum, quot testator adscripserit. Consequens esse, ut hic dividatur hereditas in octodecim uncias, ex quibus posterior ferat sex, ex quibus institutus est; priores duodecim, ut verba sunt institutionis. *d. L. interdum*, *§. 1. in fi. §. pen. in fi. de her. insti.* Et tamen in hac specie, & superiore ne quid videatur fieri adversus divisionem assis, in quem hereditas usu recepto dividi solet, veteres docent, utramque illam divisionem testatoris, quam servari volumus, potestate iuris in hanc ipsam divisionem [2] assis revolvi. Id autem sic fieri, ut, si qua pars assi deest, hæc heredibus pro portionibus hereditariis accedat. Sin qua excedit, hæc itidem pro hereditaria parte decrescat. Hoc in *d. L. interdum*, *§. 1. de her. inst.* ubi & exemplis appositis declaratur; item in *§. videamus*, *Inst. eod.*

VIII. Sed huic posteriori sententiæ contraria videtur *L. cum quæstio*, *C. de lega.* ubi Iustinianus in eadem specie, ut videtur, longe aliter explicat voluntatem testatoris, atque ita constituit, [3] quoties prioribus aliquibus res aliqua una, vel hereditas relinquitur, deinde alteri eius rei sex unciæ, seu dimidia, toties videri dimidiam prioribus ademptam esse; ut sic fiant duo semisses, ex quibus priores unum ferant, posterior alterum. Quod aperte divisioni superiori adversatur. Sed multum interest, cum alicui primo hereditas relicta est, utrum deinde alteri relinquantur sex unciæ, vel dimidia simpliciter, quæ species est, de qua diximus, & exstat in *d. L. interdum*, *§. pen. in fi. de her. inst.* an vero nominatim sex unciæ vel dimidia eiusdem rei, seu eiusdem hereditatis. Quæ species apud Iustinianum proponitur initio superioris constitutionis. Cum sex unciæ aut dimidia simpliciter nominentur, potest intelligi dimidia assis præcedentis, qui priori heredi institutione datus est. Potest etiam intelligi dimidia assis novi, ad quem testator transierit, ut plures uncias faceret, quam duodecim. Hoc vero intelligi convenientius est potestati, & voluntati testatoris. *Potestati*, qui potuerit tot uncias facere, quot voluit. *Voluntati*, qui, ut poterat, ita & octodecim scripserit. Et ideo hæc quoque significatio accepta est a veteribus; nec vero alia potuit, nisi adversus manifestam sententiam verborum. At qui sex uncias, aut dimidiam dixit; & adiecit eiusdem hereditatis prius alii relictæ: is, hac adiectione, nihil dubii reliquit, quin de novi assis dimidia non sentiret, sed de prioris assis dimidia, quam posteriori totam daret. Cum unaquæque res non possit habere partes dimidias, nisi duas, necesse est, si posteriori una dimidia data sit, hanc de toto detractam, prioribus ademptam videri, atque hac adempta, solam alteram superesse, quæ prioribus relinquatur. Summa hæc erit: partibus in omnium persona expressis, primum in his totam hereditatem versari, ut nihil vacet, quod non sit heredum. Tum autem in distributione partium, omnes habituros eas partes integras, quas cuique testator adscripserit; nihil ut in eo per posteriores prioribus detrahatur: præterquam si, prioribus ex asse institutis, posteriorem instituat nominatim ex dimidia eiusdem hereditatis.

IX. Restat tertia species, cum quidam instituti sunt ex certis partibus, quidam sine parte. In qua specie dubitatur, quam partem accipere debeat, qui sine parte scriptus est; nullamne, quia interdum nulla superest; an certam aliquam, ut ii, qui ex certa parte scripti sunt; an vero vocari intelligatur in assem, quia simpliciter scriptus est, ut ii solent, qui ex

2) Et ad eam revocari potest; tametsi id non sit necessarium. Exempli gratia Titius ex asse: Mævius ex semisse instituti. Reducitur ita ut si Titius ex dodrante; Mævius ex quadrante scriptus esset. Quia eadem proportio ab octo ad quatuor quæ est a duodecim ad sex. Duar. *h. T. C. 3. f.* 339.

3) Ceu volunt Duar. *d. C. 3. f.* 339. putans *d. §. 4.* correctum esse per *d. L.* 23. & Iustiniani sententiam esse probabiliorem ex coniectura voluntatis; & Cuiac. *in L. 13. h. t.* & 4. *ad Afric. ad L.* 47. *§. 1. h. t.* quia *d. L.* 23. una ex 50. decisionibus, ius vetus emendantibus. Et Ant. Matth. in *Not. ad §. 7. l. de her. institut.* Quod refellit Vult. in *§. hereditas 5. l. h. t. n.* 9. ex verbis *d. L.* 23. *cum manifestum est*. Non enim est manifestum quod isti ICtorum sententiæ repugnat.

ex asse instituuntur. Et veterum in hac re hæc distinctio est, ut, si quibusdam ex parte institutis, aliquid alii vel primo, vel secundo, vel tertio desit, id solum ferat, qui sine parte est institutus. Sin nihil desit, tum ex asse institutus intelligatur. *§. si plures, §. etsi plures, Instit. de her. inst.* Quod pluribus, & apertius sic explicandum est. Duos quis heredes instituit, singulos ex quadrante; tertium sine parte, id est simpliciter. Priorum singuli quadrantem accipient, ex quo sunt instituti; tertius semissem: id est reliquum assis. Nam hic, prioribus institutis, assi deerat. *L. item quod. 17. in pr. L. qui non militabat, 78. §. filiis, D. de her. instit.*

X. Quo loco addiderunt veteres, nihil referre, quo loco scribatur heres sine parte, quo magis assis residuum accepisse videbatur, utrum primo, an medio, an novissimo. *L. quo loco, 20. L. qui non militabat, §. filiis, D. eod. d. §. si plures*, versic. *si vero. Instit. eod.* Primo, ut in exemplo *d. L. qui non, §. filiis*, novissimo, ut in exemplo, quo usi sumus. *d. L. item, in pr.* Quod a veteribus adiectum videtur dubitationis huius tollendæ caussa. Nam cum primo, institutis quibusdam ex certis partibus, aliquid assi deest, & tertius deinde instituitur sine parte: nihil fit contra naturam rei, & significationem verborum, si tertius hic dicatur accipere reliquum; quia vere fuit aliquid reliquum ante, quam institueretur, ad quod ex institutione vocari posset, & iuxta voluntatem testatoris vocari intelligeretur. At ubi institutus quis est primo loco sine parte, seu simpliciter; etsi postea alii instituantur ex certis partibus, quæ assem non expleant, non tamen videatur primo loco institutus diei posse, nisi absurde, vocatus esse ad reliquum assis, quod post posteriores superfuturum est, cum tunc reliqui nihil esset, nullis adhuc aliis institutis. Hoc igitur ne putaremus, monemur superiore cautione, quod iuris est, cum quis sine parte extremo loco scriptus est, ut reliquum accipiat; idem esse, etsi scriptus sit primo loco. Definitio sumpta ex coniectura voluntatis, quod veteres ita statuerunt, eum testator in quorundam personas partibus assis, seu ad numerum duodecim congruentibus usus est, semper videri eum in eodem asse consistere voluisse: nisi aperte ad alium assem transire voluerit; quod fit, ubi expleto asse, seu duodecim unciis nominatim datis, alius, aut alii instituuntur. *d. L. qui non militabat, §. filiis, de her. instit.*

XI. Quod dicimus, fieri in uno asse, cui aliquid deest; idem placuit in dupondio, cui aliquid deerit; ut si forte testator plures heredes instituerit ex certis partibus pluribus, quam duodecim, ut sic assem excederet, deinde aliquem sine parte scripserit heredem; hic solum habeat, quod deest dupondio, scilicet quia eadem ratio sit in secundo asse, quæ in primo. Dupondium autem secundum assem vocamus, & tripondium tertium assem. Hæc in *L. Sabinus, 18. D. de her. inst. §. & si plures, Instit. eod.* Eadem & in tripondio ratio, si forte, dupondio expleto, aliquis sit heres sine parte institutus. *d. §. etsi plures.*

XII. Quod, si asse quibusdam nominatim dato, vel duodecim unciis nominatim distributis, aliquis alius sine parte sit institutus: placet hunc in alterum assem vocatum videri: ut tantum accipiat solus, quantum reliqui ex primo asse instituti. *L. item, 17. §. sed si asse, d. L. qui non militabat, 78. §. filiis, de her. inst.* Ut, si hic numerum unciarum a testatore designatarum sequamur, dividatur hereditas in viginti quatuor uncias, ex quibus, qui sine parte institutus est, duodecim accipiat, reliqui duodecim: aut si rem ad assem redigi volumus, uti potestate iuris eo revolvitur: duo semisses fient, seu duæ dimidiæ: quarum in alteram vocetur, qui sine parte scriptus est; reliqui in alteram dimidiam *d. L. interdum, §. pen. de her. instit. §. si plures*, vers. *si vero, Inst. eod.*

XIII. Hanc voluntatis interpretationem in hac specie aliarum omnium interpretationum amotio necessario inducit. Necesse est enim, qui sine parte vocatus est, asse expleto, aut in nihilum vocatum esse, aut in certam partem assis, aut in assem integrum. Nullam ad partem vocatum dici, aperte voluntati testatoris repugnat, qui & hunc non minus instituit; & quidem simpliciter, & infinite. Certam partem et datam dicere non possumus, quia nec ulla verbis expressa est, nec ex verbis colligi potest. Relinquitur igitur, ut in assem intelligatur institutus. Quod & verbis congruit. Est enim institutus simpliciter. Quo modo qui instituuntur soli, intelliguntur ex asse instituti. Hic autem instituitur solus in secundo asse, si modo aliquam partem huius secundi assis esse volumus, ut omnino necesse est intelligi, si quid huic relinqui placet, ut ante dixi.

XIV.

XIV. Quod [4] tamen dicitur, eum, qui, expleto asse, sine parte institutus est, alterum assem habere: sic accipendum est, si institutus sit simpliciter nulla mentione partis facta. Nam si iussus sit esse heres ex certa parte, quæ vere nulla sit, placet in totum heredem non futurum: quamvis dici possit hunc vere sine parte heredem institutum, qui institutus est ex ea, quæ nulla est. Id probatum est in eo, de quo testator, asse impleto, ita scripsit, *ex reliqua parte heres esto*: hac ratione; quod cum nihil reliquum sit, ex nulla parte institutus est. Sic Ulpianus in *d. L. item*, 17. §. *sed si asse*, *de her. inst.* ubi ex nulla parte non significat sine parte; sed ex parte quidem; verum ex parte, quæ nulla est. Inter quæ multum interest. Nam qui instituitur simpliciter sine ulla partis mentione, vocatur ad eam rem, quæ subest: nempe ad hereditatem, ut institutio indicat. Hæc autem non minus subest in huius persona, quam reliquorum: ut postea quærendum sit, quota ex parte vocetur. Quod exquiritur ratione. Enimvero, qui instituitur ex reliqua parte, apparet, hunc vocari ad certam partem, extra quam testator nolit eum quidquam habere. Quo efficitur, ut si hæc pars nulla est, vere dicatur, eum nulla ex parte esse institutum.

CAP.

4) Plura de divisione hereditatis a testatore facta, eiusque interpretatione petere licet ex Vigl. *in* §. *hereditas* 5. *& seq. 1. h. t.* Vult. *in d.* §. 5. *n.* 4. *& seqq.* Duar. *h. t.* C. 3. Hotom. 8. *Obs.* 2. A. Fab. 5. *Coniect.* 20. Simon de Pratis *Lib.* 3. *de Interpretat. ult. volunt. Interpretat.* 1. *Dubitat.* 5. *Solut.* 1. At obiici potest, hereditas dividua non est *L.* 8. *in fin. D. de R. V.* Vult. *in d.* §. 5. *n.* 2. Respondeo. Hereditatem quando dividi dicitur, non pro iure, sed pro rebus in quibus ius illud est, accipiendam metonymice. Quod non convenit. Neque enim duobus exempli gratia ex semisse institutis, res ipsæ hereditariæ inter eos divisæ, sed communes manent, donec familiæ erciscundæ iudicio dividantur. Hot. *ill.* Q. 21. dividuam esse hereditatem si, ut totum integrale, individuam si, ut totum universale consideres.

CAP. XXIII.

De substitutionibus.

Substituere, & substitutio quid. Gradus heredum qui, & cur ita dicti. Substitutus dictus secundus heres, quamvis tertio, aut quarto loco heres institutus, & cur.. Genera substitutionum, Directam, & Fideicommissariam. Directæ genera duo. Vulgarem, & non vulgarem. Huius species duas, pupillarem, seu impuberum, & quæ tandem a Iustiniano recepta est, Mente capti. Singula quæ sint, & unde dicta. Plura genera iure communi non esse. Re supervacua, verbis inepta esse illa duo vulgo tradita. Compendiosam, & Breviloquam.

Rerum nexus, & partitio. I.
Substituere quid sit. Substitutionem tria faciunt. II.
1. *Institutio heredis.* III.
2. *Institutio, qua quis secundo loco post primum instituatur.* IV.
3. *Institutio sub conditione si primus heres remotus fuerit.* VI.
Eum removeri quatuor modis. VII.
Cur omnem substitutum veteres secundum institutum vocent. V.
Genera substitutionum, directam, & fidei commissariam. VIII.
Directa quæ sit. IX.
Quæ nam fideicommissaria. X.
An tot sint genera substitutionum veteribus cognita: & an fideicommissaria voluntas substitutio dicenda sit. XI.
Eam summo iure substitutionem non esse; ab re, & effectu esse. XII.
Usitate tamen iuris auctoribus substitutionem non dici. XIII.
Directæ genera duo: vel enim substitui sub hac conditione si primus hæres non erit, *vel sub alia* si heres erit, ac deinde desinet. *Has conditiones iuris Auctores vocare casus.* XIV.
Eos non esse plures duo. XV.
Cur veteres conditionem si primus heres non erit vocent primum casum, *conditionem si heres erit, ac deinde desinet* secundum casum. XVI.
Cuivis substituere licere in primum casum; nec tantum unum in unius locum, sed & plures in locum unius, vel unum in plurium, vel ipsos invicem inter se. XVII.
Cur hæc substitutio dicta vulgaris. XVIII.
Substitutionem in secundum casum *nemini olim fuisse permissam: postea non iure civili, sed moribus solis parentibus, & quatenus. Eam dictam impuberis, & frequentius pupillarem.* XIX.
Ad huius exemplum inductam substitutionem mente capti. Eam inepte exemplarem vocari. XX.
Directa substitutio iure communi duplex, vulgaris, & non vulgaris: hæcque vel pupillaris, vel mente capti. XXI.
Inepte Interpretes adiicere substitutionem compendiosam, & breviloquam. XXII.
Quam vocent compendiosam. XXIII.
Quam breviloquam. XXIV.

I. Cum iustum testamentum est, diximus, huiusmodi testamento hereditatem deferri heredi instituto, & deferri hac ipsa institutione; si is qui instituere cogitat, potest: & ut potest, ita instituit. Ac qui ita institutus est, uti est institutus, & quibus ex partibus; ita eum & ex his partibus heredem futurum. Si quibusdam heredibus institutis, ad alios pervenire hereditatem testamento suo non vult testator; satis dictum est, quo intelligatur, quomodo, & quibus testamento deferatur hereditas; de quo institutum est quærere. Sed fieri potest, ut qui primi instituti sunt, [1] deficiant, velit autem testator in eorum locum alios substitutos,

1) Unde dicitur substitutio comparata in subsidium *Leg.* 36. *pr. hoc tit.* Caussa autem introducendæ eius triplex. Ut impediatur. 1. Successio intestati. 2. Caducum. 3. Ius accrescendi: Hot. *in* §. 1. *I. h. t.* vid. & Mercer. 2. *Opin.* 23. Obiicit A. Guibert. *Li.* 1. *QQ. C.* 7. quod substitutiones reprobatæ videantur. Quia in alienam voluntatem conferuntur. In arbitrio namque instituti an velit cedere, an removere substitutum; & sic secundo heredi præbetur ansa captandæ mortis. Nec desunt exempla. Sueton. *in Galba*, refert, tutorem, qui pupillum, cui substitutus, interemit,

tos, ne testamentum, aut hæc ipsa pars herede testamentario destituatur. Fieri etiam potest, ut cum ij, qui instituti sunt, heredes exstiterint, velit nihilominus & in eorum locum alios substitutos postea: idest iis post tempus remotis, hereditatem transire ad alios: Quod an facere possit, quæritur. Hæc, post delatam primis heredibus hereditatem, occasio est, atque hoc initium quærendi de substitutionibus. Quo in genere hæc sunt, quæ quærantur ad deferendam ex hac parte hereditatem pertinentia. In re, quid sit substituere, quid [2] substitutio: In iure possitne testator quibusdam heredibus institutis, alios in eorum locum substituere; & quatenus. Si potest; quæ cuiusque substitutionis receptæ vis sit, quis exitus ad deferendam inde substituto hereditatem. De quibus ordine cognoscendum est.

II. Substituere heredem est, in prioris heredis instituti remoti locum alium heredem statuere. Vel plenius, est [3] instituere heredem, qui, priore instituto remoto, eius locum subeat, voceturque ad hereditatem. Quod ita esse, quamque vim habeat, sic facile intelligi poterit, si definitio nobis explicata erit ex suis partibus. Quod breviter faciam. Quod ergo hæc definitio indicat, tria sunt, quæ substitutionem, & substitutum faciunt; institutio heredis; institutio, qua instituatur hic heres secundo post primum loco, tum hæc ipsa institutio sub conditione, si primus heres remotus fuerit: quæ hac definitione comprehensa licet observare.

III. Iam primum hoc recte dicitur, substituere esse statuere, seu instituere heredem. Nam & omnis substitutio institutio est. Unde [4] substitutio dicta secundi heredis institutio. *L. ex facto*, *§. Lucius*, *D. de vulg.* Et qui institutus erat sub conditione, *si Titium heredem instituisset*, dicitur, paruisse conditioni, si vel secundo, aut etiam alio quo inferiore gradu Titium instituerit, id est substituerit. *L. mulier*, *§. ult. D. de cond. inst.* Merito. Constat enim, semper in composito simplex inesse. Ut igitur in subscriptione inest scriptio: sic in substitutione, verbo composito, institutio; & si liceret ita dicere, *statutio*. Ut institutio genus sit ad omnes pertinens, non solum qui primo gradu, sed & qui secundo statuuntur heredes: huius generis species substitutio, de iis, qui secundo loco, seu in priorum locum subrogantur. Distinguuntur tamen instituti, & substituti in *L. 1. D. de vulg.* & id quidem non ut species a genere; sed ut species contrariæ, instituti ut dicantur *primo gradu*; substituti *secundo*, vel *tertio*. Sed fit hoc more iuris auctorum usitato, quo sæpe idem verbum & generis nomen est, & ad speciem unam ei generi subiectam alteri contrariam contrahitur. Quod cernere licet in verbo *adoptionis*, *actionis*, *cognationis*, & similibus. *L. 1. D. de ad. L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de ver. sig. L. iurisconsultus*, *§. 1. de grad. & affi.*

IV. Iam substitutio, ut institutionis species est, ita non est quævis institutio. Adde igitur secundum illud proprium huius speciei, ut sit institutio ea, qua quis secundo loco post primum heres instituitur. Quod & substituendi verbum satis indicat, cuius vis hæc est, ut intelligatur is, qui sub alio heres statuitur. Itaque in omni substitutione heredis, quæ fiat testamento, semper duo sunt heredes: unus primo loco institutus, alter secun-

emit, cruci affixum, &c. Respondet *idem d. C. 7. n. 9. & seqq.* Conferri hic institutionem in arbitrium alterius tacite non aperte. Et totum ius substitutionis pendet ex voluntate testantis, illiusque iudicio potissimum nititur. Deinde cum omnes probi credantur, non admittitur fraudis suspicio. Nec ob solam captandæ mortis occasionem, actus civiles reprobantur, quod fuse probat Guibert. *d. C. 7. n. 22. & seqq.* Scribit Vvesenb. *in Par. h. t. n. 9.* rarum esse Germanis substitutionum usum. Matthæac. amplius *Lib. 1. de Via iuris C. 34. n. 26.* Germanos raro testamenta; nullam vero unquam facere secundam institutionem. Contra attestatur & demonstrat Io. Dauth. *in Prolog. Tr. de Testam. & in Proœm. Comm. de vulg. & pup. subst.* ac omnes interpretes utilitatem huius materiæ efferre scribit, Eman. Soarez. *in Annotat ad* Gomez. *1. var. Resol. 3. lit. A.*

2) Definitur Duar. *h. T. C. 1. Institutio heredis in secundo vel ulteriore gradu facta.* Cuiac. *2. ad Afric. in L. 33. §. 1. h. t.* & *in* Parat. h. *datio hereditatis alteri delata* (ut vulgaris) *vel acquisita* (ut pupillaris) sed inconveniens est, divisionem commiscere definitioni. Charond. 2. *Verisim. 13. Heredis post priorem institutum collocatio.* Philipp. Massin. *ad Rubr.* C. h. t. n. 98. *Secunda sibi vel prima alteri facta institutio.* Cuius idem vitium, quod Cuiacianæ. Et imo etiam quæ in secundum casum fit, est secunda institutio. Accurs. *in Rub. C. h. t.* definit. *Secundam institutionem*: quam definit, examinat, expendit, & tuetur Alea. Trentacinq. *de Substitut. in Præfat. n. 2. & seqq.* Sed Massin. *d. n.* 98. eam convenire soli vulgari, quod non puto.

3) Quod sit vera institutio Duar. *h. t. C. 1.* Govean. *ad Rubr. D. h. t. n. 2. & seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 10. *n. 3. & 4.* Trentacinq. *de Substitut. in Præfat. n. 13. & seqq.* & pluribus argumentis probat, Massin. *ad Rubr. C. h. t. n. 26. & seq.* Et quod substitutus vere, & proprie fit heres, probat Nic. Bellon. 4. *Supput. 16. n. 4. & 5.* ac Tiraq. *Tr. le Mort saisit le vif, P. 2. Decl. 9. n. 16. & seq.*

4) Substitutio dicitur, quia fit sub institutione. Massin. *in Rub. C. h. n. 14.* vel quia substitutus subiungitur, & subtus, hoc est in ima cera scribitur. Vigl. *in Rub. I. de vulg. n. 4.* Char. 2. *Veris. 13.* Verbum autem [illegible], eiusque appellatio late patet, Res enim omnes, quæ in alterius locum subrogantur, substitui dicuntur. Sic iudex *L. pe. Iud. sol.* tutor *L. 39. §. 11. de adm. tut.* pecora *L. 22. de Leg. 1.* arbores *L. 45. §. pen. de I. fisci, &c.* Duar. *h. t. C. 1.* Charond. *d. C. 13.* Vacon. 4. *Decl. 60. n. 8.* P. Greg. 42. *Synt. 10. n. 2.* Trentacinq. *de Substit. in Præfat. n. 5.* Massin. *in Rub. C. hoc tit. n. 4.*

do: & is est substitutus: Atque ex hoc ordine successionis, qui servatur inter institutum, & substitutum heredem, natæ sunt hæ appellationes veterum in *substitutionibus*, & *substitutis* exprimendis: totidem argumenta, quæ vice mutua istum ordinem confirment. Dicuntur enim instituti primo gradu, substituti secundo. *L. 1. D. de vulg.* Ex quo heredum gradus hic nominati, & dictum, posse testatorem plures gradus heredum in suo testamento facere; dum hoc significatur, posse eum, quibusdam institutis, alios substituere secundo, tertio, & quarto gradu, prout velit. *L. potest*, & *L. sequ. D. de vulg.* Unde rursum veteribus dictus [5] *primus heres*, qui institutus est; *secundus heres*, qui est substitutus. *L. precibus, C. de imp. & al. sub. L. si postumus, in prin.* ver. *nam & cum. D. de lib. & post.* Ex quo & secundi heredis institutio de substitutione. *L. ex facto, §. Lucius, D. de vulg.* Omnia hæc, inquam, ex eo ordine successionis, qui spectatur in substitutionibus; ut sit, qui primo gradu vocetur ad hereditatem: tum deinde, qui in huius locum vocetur, nempe secundo gradu. Ubi [6] gradus dicuntur, successionis loca, quibus alii vocantur primo loco, alii secundo, alii tertio, & ita deinceps, *L. 2. §. defertur, D. de bono. poss. secun. tab.* Loca, inquam, non ordine scripturæ, sed successionis: cum quidam ita scribuntur secundo loco, ut iubeantur & secundo loco succedere, prioribus remotis. Nam qui ita instituti sunt, ut alii post alios non succedant, omnes sunt instituti, quantumvis remotis locis testamenti scripti sint, alii primo, alii secundo, alii tertio. *L. si quis heredes, 14.* & *L. sequ. D. de hered. instit.* Contra, qui ita scriptus est, ut vocetur tantum secundo loco post primum, is est substitutus, quamvis maxime primo loco scriptus heres. Utputa, testator ita scripsit: *Titius heres esto, si secundus heres non erit: Secundus heres esto.* Placet, secundum quamvis posterius scriptum, primo gradu institutum esse; Titium quamvis scriptum primo loco, substitutum. *L. si ita quis, 28. D. de her. inst.* Aptissime autem hæc loca, atque hic ordo successionis a veteribus dicuntur gradus; quoniam ut in gradibus semper primus occurrit, in quo pedem ponamus: nec potest ad secundum perveniri, nisi per primum, nec ad tertium, nisi per primum, & secundum: sic & in successione heredum institutorum, ac substitutorum hic est ordo, & progressus: ut primo incipiendum sit ab institutis, & videndum, num in his ex voluntate testatoris consistat hereditas: quod si non consistat, tum ab his remotis, velut gradu facto, perveniatur ad substitutum suo quemque ordine. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.*

V. Non item illud liquet, cur omnem substitutum veteres [7] secundum heredem vocent, cum possit quis substitui, non tantum ut instituatur secundo gradu, sed & tertio, & quarto, & in infinitum. *L. 1. L. potest, D. de vulg.* Nam, si secundo gradu institutus, est secundus heres; erit & qui tertio gradu institutus est, tertius heres, & qui quarto, quartus. Sed & hoc illi recte. Aliud enim in hac re ordo scripturæ admittit; aliud postulat vera ratio successionis, cuius in hac appellatione habita est potissimum ratio a veteribus. Ordine scripturæ, is, qui primo substituto substitutus est, dici potest tertius heres, quia tertio loco scriptus est. Habita autem ratione eius, in cuius locum

5) Gradus est transitus a persona in personam: verum non ex numero personarum, sed successionis serie, & delatæ hereditatis ordine numeratur, Hot. *ad §. 1. I. h. t.*

6) Hot. *in d. §. 1.* olim necesse, primos heredes primo loco, scribi. Hinc institutos dictos in prima, substitutos in ima cera *§. 3. I. de pupill.* Horat. 2. *Sat.* 5.

. . . . *Quid prima secundo*
Cera velit versu.

Idem Hotom. 4. *Obs.* 1. Olim in prima cera primo versu scribebatur testatoris nomen *Leg.* 88. *§. ult. de Leg.* 2. in secundo versu heredis Hor *d. loc.* In secunda vero cera secundi heredis inde sic dicti. Olim enim nec legare, nec substituere ante institutionem licebat. Et secundus heres tum ex loco, tum ex ordine scripturæ censebatur, qui hodie ex ordine succedendi tantum æstimatur *L. 2. §. 5. h. t.* vid. & Conn. 10. *Com.* 7. *n.* 1. Briss. 3. *Antiq.* 12. & quæ ex eo, non laudato, notat Goth. *ad L. 11. D. Test. quemadm. aper.*

7) Zas. *ad Rub. D. h. t. n.* 4. Secundum hic sequens. Absolvitur, ait, hoc verbum a numero ordinali. Sic & nuptiæ dicuntur omnes post primas, Duar. *h. t. C.* 1. Dauth. *de Subst. n.* 8. & duo rei stipulandi, tametsi plures sint, Coras. *ad Rub. C. h. t. n.* 2. & 3. Sed hoc non admittit. Gov. *ad. L. 1. pr. h. t. n.* 6. & Trentacinq. *de Subst. in Præfat. n.* 10. quia certe tertium in ordine non est secundum. Et quod *Ti. C. de secund. nupt.* pertinet etiam ad ulteriores: non inde est, quod tertiæ sint secundæ. Nam imo LL. tertias appellant suo nomine *L.* 4. ibi: *ad tertia vota* & *L. hac edictali 6. pr. Cod. de sec. nupt.* sed quia quod de secundis statutum extenditur ad ulteriores. (quomodo & Vacon. 4. *Declar.* 68. *n* 8.) Sic gradus tertius, & quartus in cognatione distinguuntur a secundo. Ipse *n.* 11. vult sic dici, quia vocatur post exclusionem primi instituti. Obiicitur. Si pupillo substituitur, non est secunda institutio; sed prima. Respondeo. Si unum spectatur testamentum, comparata patris institutioni est secunda. Quemadmodum & in linea transversa, secundus gradus dicitur habita ratione ad lineam adscendentium, quia in collaterali non est primus gradus. Et licet etiam fieri possit exheredato, dicitur secunda, ratione institutionis, quam pater de sua hereditate facit. Et cum miles instituit sine testamento, dicitur secunda respectu tacitæ institutionis eiusdem filii, qui vocatur a lege, ad quam se miles conformare voluit: tametsi, Dauth. *ad Rub. de subst. n.* 15. velit, substitutionem exheredato factam, improprie sic vocari, quod non placet.

locum substituitur, non potest dici nisi heres secundus. Substituitur enim in locum primi heredis non tertius heres, sed secundus: sic deinde in locum secundi tertius. Atqui secundus iste, qui fuit primus substitutus, instituto primo herede repudiante, aut aliter remoto, ita incipit vocari ad hereditatem, ut qui prius erat secundus heres, nunc incipiat esse primus. Quo fit, ut, qui hunc sequitur, ad eum relatus non possit dici nisi heres secundus. Quis est enim secundus, nisi qui primum proxime sequitur? Neque vero hunc tertium cum primo recte conferemus, ut sic ex huius collatione dicatur heres tertius. Substitutus enim conferri debet cum eo, in cuius locum substituitur, ex cuius personæ relatione etiam substituti nomen accipit. Iam autem dixi, tertium hunc non substitui in locum primi heredis, qui fuit institutus; sed in locum substituti primi. Atque is, ut dixi, primo remoto, incipit esse primus.

VI. Sed ne sic quidem adhuc intelligitur, quæ sit ista secundi heredis, seu secundi loci, & gradus institutio, quæ substitutio dicitur, nisi tertium illud adiicitur, quo declaretur, quomodo id ipsum, ut sit talis, consequatur. Hoc autem illud est, quod diximus, substitutionem omnem esse institutionem conditionalem: neque hanc tamen, quæ fiat sub omni conditione, sed eam, qua instituatur heres sub conditione, *si primus heres remotus fuerit*: ut sic hoc remoto, fiat locus ei, qui in remoti locum substituitur.

VII. Removetur prior heres aut cum deficit, nec adit hereditatem; in quem casum est substitutio vulgaris, ut postea de hoc genere, & aliis suo ordine dicetur: aut cum primus exsistit heres, sed moritur; in quem casum est substitutio pupillaris: aut cum exsistit heres, & placet testatori eum post certum tempus heredem non esse; in quem casum licet militi substituere heredem: aut cum, primo herede exsistente, & manente, rogat testator, ut institutus hereditatem alii restituat; in quem casum est substitutio fideicommissaria. Atque ut tot modis removetur heres institutus; ita apparet, tot modis neque pluribus, in locum primi heredis alium substitui natura posse. In quibus omnibus valet definitio, & substitutio est.

VIII. Ita quid sit substituere heredem intellectum puto. Iam de iure substitutionis videamus. Et quoniam ponimus, substituere esse in prioris heredis locum alium substituere, removeri autem priorem iis casibus, quos modo dixi: constat quidem, si natura consulitur, hos esse vere casus, quibus surrogetur aliquis in alterius prioris instituti locum, & esse hos solos casus. Sed de iure quæritur, liceat, ne tot modis substituere alium heredem, ut huic deferatur hereditas. Et sive de hoc tantum dubitatur, sive etiam de priore: quibus scilicet modis unus in alterius prius instituti locum substituatur: cuiusmodi sit, utrumque generibus substitutionum receptis, expositis intelligetur: quæ iam subiiciam, omninoque ad eam cognitionem horum generum enumeratio referri debet. Substitutio omnis, qualem definimus, duplex est; *directa* & *fideicommissaria*, quæ & *precaria* dicitur.

IX. *Directa* substitutio est, qua testator, prioribus institutis remotis, ita substituit alium heredem, ut velit hunc hereditatem recta ex testamento, & a se capere, non ab heredibus prius institutis. Veluti, *si ille heres non erit, Titius heres esto. Si filius meus impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, Mævius heres esto.* Sic generaliter directo relinqui testamento quid dicitur, cum ita relinquitur, ut non ab alio præstari testator velit, sed recta a se capi. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.*

X. *Fideicommissaria* hereditatis substitutio, quæ quidem testamento fiat, est, cum testator herede a se instituto, rogat heredem, ut hereditatem alteri restituat, vel unius, vel post mortem suam. Quo modo recte rogari heredem de dimittenda, & transferenda in alium hereditate; ius certum est. *§. ult. Instit. de pup. subst. §. in primis, Inst. de fid. her.* Ubi licet animadvertere, fideicommissarium non sic substitui in locum heredis instituti, ut hereditatem recta accipiat a testatore, sed ut ab herede. Quod cum sit, fideicommissum est, quod voluntati directæ oponitur. *d. §. ult. Instit. de singul. reb.*

XI. Sed an tot sint genera substitutionum iuris auctoribus cognita in hereditate deferenda, & an fideicommissaria voluntas substitutio dicenda sit, dubitari solet. Mihi dubium non est, quin tot genera veteres agnoverint, quæ & certis locis statuantur. De directis nulla dubitatio: quæ aperte nominantur in *L. post aditam, C. de imp. & al. subst.* & *in L. centurio, D. de vulg. & pupill. subst.* Sed nec de fideicommissaria dubitandum. Nam cum in *d. L. post aditam, C. de imp. & al. subst.* dicitur post aditam hereditatem directas substitutiones non impube-

puberibus factas expirare; apparet ideo additum, *directas*, quia quædam fint non directæ, quæ etiam non impuberibus factæ, non exſpirent. Nam ſi ſubſtitutiones omnes ſunt directæ; ſufficiebat dicere ſubſtitutiones exſpirare. Eamdem ſignificationem habet, quod in *d. L. centurio, D. de vulg.* proponit Papinianus, centurionem filio, ſi intra certum tempus deceſſiſſet, directo ſubſtituiſſe. Inepte addidit directo, niſi ſubſtituitur etiam interdum non directo. Sunt igitur ex utroque loco quædam ſubſtitutiones non directæ. Hæ autem, quæ directis opponantur, non aliæ intelliguntur in uſu iuris, quam fideicommiſſariæ. *d. §. ult. Inſt. de ſing. reb.* Sed argumentatione ad hanc ſententiam colligendam hic admodum opus non eſt: cum Papinianus idem optimus iuris, & loquendi auctor tribus locis fideicommiſſum de hereditate reſtituenda diſerte ſubſtitutionem vocet, *L. coheredi*, 41. *§. cum filiæ, D. de vulg. L. heredes mei*, 57. *§. pen. §. ultim. D. ad Trebell.* Et Paulus in *L. paterfamilias*, 46. *Digeſt. de vulg.* Verbo communi proponit, Caium Seium fratrem teſtatoris ſubſtitutum filio impuberis, deinde Titium Caio Seio: cum ſubiiciat, huic Titio nihil aliud, quam fideicommiſſum hereditatis a Caio Seio relictum.

XII. Sane proprie, & cum ius vetus ſummum ſpectamus, delatio hereditatis fideicommiſſaria non eſt ſubſtitutio. Is enim ſubſtitutus intelligitur in hoc argumento, qui eſt ſubſtitutus heres. *L. 1. D. de vulg.* Fideicommiſſarius autem, cui ex cauſſa fideicommiſſi reſtituitur hereditas, ſummo iure non eſt heres: argumento eſt, quod is, qui reſtituit, etiam, reſtituta hereditate, dicitur heres manere. *§. reſtituta, Inſt. de fid. her.* Si is etiam tum heres, utique heres non eſt, cui reſtituta eſt hereditas. Uni enim duo in ſolidum heredes eſſe non poſſunt. *L. quod contra, §. 1. D. de reg. iur.* Sed hoc, inquam, ita eſt, cum ius ſummum, id eſt iuris veteris verba, non rem ſpectamus. Cæterum re ipſa, & effectu poſt ſenatuſconſultum Trebellianum longe aliter utrumque ſe habet. Nam & qui iuſſus eſt reſtituere hereditatem, ea reſtituta, effectu deſinit heres eſſe: & cui reſtituitur, effectu incipit heres fieri; quoniam placet in eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta ſit hereditas, commoda, & incommoda hereditaria ita transferri, ut actiones omnes ei, & in eum dentur, quæ iure civili heredi, & in heredem competerent. *L. 1. D. ad Trebel. d. §. reſtituta, §. ſed quia, Inſtit. de fid. her.* Quo ſenſu non verebimur fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hereditas, heredem non iam verbo, ſed re appellare; & ob id cum priori heredi ſubrogatur in hereditate, [8] ſubſtitutum dicere: ut & veteribus hanc ſubſtitutionem inde eſſe appellatam animadvertimus.

XIII. Fatendum tamen, uſitate iuris auctoribus fideicommiſſariam hereditatis delationem ſubſtitutionem non dici: ſed tantum hoc verbo contineri heredum proprie, ita dictorum ſubſtitutiones, quæ & eædem ſunt directæ, ut indicat diviſio tradita in *L. 1. D. de vulg.* dum ſcilicet veteres proprietatem iuris antiqui in hoc verbo retinere volunt. Unde videmus, eos hoc ipſum ſecutos, in hoc argumento ſubſtitutionum de directis, ut vulgari, & pupillari: ſolum egiſſe, fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione procul hinc ſemota, & dilata in Tit. ad *S. C. Treb.* D. & C. in Init. autem in Tit. *de fideicommiſſariis hereditatibus*. Et nos de ea ſeparatim dicemus ſuo ordine, ut & nos propoſuimus ſeparatim dicturos de hereditate teſtamento delata: de ea primum, quæ directo defertur, tum deinde de ea, quæ per fideicommiſſum. Nunc, ut eſt inſtitutum, de directis ſubſtitutionibus tantum agemus.

XIV. Earum [9] duo ſunt genera, nata ex

8) Quas & agnoſcunt Vac. 4. *Decl.* 61. Trentacinq. *de Subſt. in Praf. n.* 80. *& ſeq.* Vult. 1. *Iuriſp.* 73. *n.* 4. P. Greg. 42. *Synt.* 11. *n.* 2. qui tamen *in Li C.* 28. *n.* 2. ſcribit abuſive ſubſtitutionem Fideicommiſſariam vocari: & Matthæac. *Lib.* 1. *Epit. legat. C* 5. *n.* 25. materialiter eſſe ſubſtitutionem formaliter non item, qui videlicet *Lib.* 2. *de Via iuris C.* 14 *n.* 5. Maſſin. *ad Rub. C. h. n.* 156. *& ſeqq.* ſic dividit: Aut multiplex eſt, & vel compendioſa vel reciproca; aut ſimplex, & vel militaris, vel pagana; atque hæc vel in primum caſum Vulgaris, vel in ſecundum, quæ duplex, aut ob ætatis defectum Pupillaris, aut ob mentis, quaſi pupillaris.

9) Vigl. *in Rub. I. de Vulg n.* 5. Duar. *h. T. C.* 1. *&* 2. Matthæac. & Trentacinq. *dd. locis.* Vaſq. *Lib.* 2. *de Succeſſ. progreſſu* § 11. *n.* 10. Dauth. *de Subſtit. n.* 16. *& ſeqq.* Quod & confirmat Vacon. *d. Decl.* 61. *n* 6. ex *L. generaliter* 6. verſ. *cum autem C. de inſt. & ſubſt.* ubi pluries appellatur ſubſtitutio, & neceſſario intelligenda fideicommiſſaria per verba *ſubſtitutione pragravatus*. Nulla enim ex directis gravat, vel onus eſt heredi inſtituto. Et facit quod *in L.* 19. *pr. de teſt. mil.* vocatur precaria inſtitutio. Contra Zaſ. *ad Rub. D. h. t. n.* 8. quia fideicommiſſaria non habet gradum, & per eam non fit heres, ſed loco heredis & Bell. 3. *Supputat.* 19. *per §. ult. I. de pupill.* ibi: non poteſt ſubſtituere, ſed poteſt per fideicommiſſum obligare, & per *Rub. I.* de fideicommiſſariis hereditatibus, non autem ſubſtitutionibus conceptam. Et Govean. *ad Rubr. D. h. t. n.* 4. *&* 5. Vult. *pr. I. de vulg. n.* 2. & A. Fab. 1. *Iuris Pr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 32. *per L* 39. *§.* 3. *de adm. tut.* ubi inſtitutus fideicommiſſo gravatus, dicitur non habuiſſe ſubſtitutum. Late hac de re diſputat Maſſin. *ad Rub. C. h. t. n.* 99. *& ſeqq.* & negativæ ſententiæ accedit: in ſtatuto tamen venire appellatione ſubſtitutionis aſſerit, *n* 130. *& ſeq.* quod negat Bellon. *d. loc.* vid. & Arumæ. ex. Inſtn. 8. *Theſ.* 9. Quibus accedo; quia & noſter fatetur, non proprie eſſe ſubſtitutionem. Quare nec erit vera ſpecies: cum genus cuilibet ſpeciei proprie inſit. Confer. Chiflet. *Lib.* 2. *de Iure fideicomm. Cap.* 3.

ex conditione ea, sub qua in locum prioris remoti alius substituitur. Nam & hæc conditio genere tantum est duplex. Aut igitur substituitur quis primo heredi sub hac conditione, *si primus heres non erit:* aut sub conditione contraria, *si primus heres erit, ac deinde desinet;* Tot genera, inquam, substitutionum numerantur, distinguunturque his ipsis conditionibus in *L.* 1. *D. de vulg.* Unde in his appellandis, distinguendisque hic est usus iuris, ut dicatur omnis substitutio fieri in aliquem casum ex his duobus: ac qui heres priore illa conditione substituitur, *si primus heres non erit*, dicatur substitui in primum casum; qui *posteriore*, dicatur substitui in secundum, seu in sequentem casum: quo intelligamus, substitutionum tot esse casus, neque plures, atque in his eum esse ordinem, ac progressum, quem hæ appellationes ostendunt. *L. precibus*, *C. de imp. L.* 4. *L. Lucius*, *D.* de vulg. *Casus* vocant veteres in hoc genere superiores conditiones, sub quibus quis substituitur. Et recte: nihil enim aliud est conditio, quam *casus*, in quem res aliqua differtur. §. *sub conditione*, *Inst. de verbor. oblig.*

XV. Nominantur ita hi casus duo, ut non sint [10] plures. Argumento hæc sunt. Dicitur omnino substitutio aut *simplex* esse, aut *duplex*; & *simplex*, quæ unum tantum ex his casibus continet: *duplex*, quæ utrumque in *d. L.* 1. *D. de vulg.* Dicitur item substitutio fieri in primum, & secundum casum, ubi placet omnem substitutionem comprehendi: nec tertius casus usquam hic adiicitur. *d. L. precibus*, *C. de imp. d. L. Lucius*, *D. de vulg.* Dicitur præterea hic unus esse, & item aliter casus, quæ verba non solent usurpari nisi de duobus. *d. L.* 4. *D. de vulg.* Cur ergo hi tantum duo casus? Quia natura ita cogit, quæ docet, hos tantum in substitutione casus duos esse posse. Non enim potest quis substitui in primi heredis remoti locum, nisi eum aut ille heres non extitit, aut ita extitit, ut postea removeretur. Natura nihil est tertium.

XVI. Ordo vero veterum in his casibus numerandis in primis est observandus: atque hinc quoque natæ appellationes; quod, ut dixi, hic casus, si primus heres non erit, dicitur *primus casus*, & idem primus casus non existentium heredum: alter autem ille casus, si primus heres erit, ac deinde desinet, dicitur *secundus*, seu sequens *casus* substitutionis. *d. L. Lucius*, *d. L. precibus*. Quod & ipsum explicationem desiderat. Cur enim unus potius, quam alter notatur his nominibus: eum tam fieri possit, ut in primum casum substitutus statim existat heres, quam ut non existat? Et natæ sunt hæ appellationes vel ex eo, quod ille casus, *si primus heres non erit*, primo receptus est in substitutionibus iure civili; ille autem alter, *si primus heres erit, ac postea desinet*, multo post receptus est partim moribus, partim constitutionibus Imperatorum, ut non abs re dici possit tempore *secundus:* de quo iure paulo post. Vel ex eo, quod fortasse est verius, quod cum coniunguntur hi casus, fitque substitutio duplex, ut accidit, cum pater substituit impuberi in utrumque casum, quale exemplum proponitur in *L.* 1. *D. de vulg. Inst de pup. in princip.* omnino hic casus, *si institutus heres non erit*, vere primus est in successione ex hac substitutione deferenda: utpote a quo primum in hac successione incipiendum est: &, quo existente, statim inde hereditas defertur: nec unquam deinceps transitus fit ad sequentem. Ille autem, *si institutus heres erit*, & *postea decesserit*, vere secundus: qui eiusmodi est, ut in successione hinc deferenda ad eum perveniri [11] non possit, nisi tunc, cum prior ille defecerit: ut sit secundus, qui non nisi priore deficiente succedat, illo manente, locum non habeat.

XVII. Licet ergo natura, & voluntate testatoris tot modis substituere aliquem directo in locum primi heredis. Sed quod natura hic fieri potest, non item licet iure. Non omnis substitutio in hos casus pariter iure recepta est. De quo sic habendum est. Quod ad primum casum non existentium heredum attinet, sic ius est: licere cuivis testatori cuiuslibet heredibus a se institutis in eorum locum alios substituere, uti velit, in hunc casum, si primi heredes non erunt: non tantum ut possit substituere secundo gradu, sed & tertio, & quarto, si, qui proximi substituti erant, & ipsi heredes non extiterint: nec tantum ut unum in unius locum, sed & plures in locum unius, vel unum in plurium, vel ipsos invicem inter

10) Vinc. Cabot. 2. *Dispur.* 16. Duo casus. 1. Delatæ hereditatis, & non acquisitæ. 2. Acquisitæ. Ubi notat Alciat. qui in *L.* 15. *b. t.* addit tertium: Post pubertatem pertinentem ad militarem compendiosam,

11) Mansin. *ad L.* 3. *Cod. hoc ti. n.* 14. primum gradum dici, quia prius tempore ut quis non sit heres, quam ut sit & ad *Leg.* 8. *Codic. h. n.* 160. quia naturalis ordo est ut a non esse perveniatur ad esse, & Gomez. 3. *var. Resol.* 3. *n.* 2.

ter se. *L. poteſt*, *L. ſequ. D. de vulg. Inſtitut. de vulg. in princip.* Sumptum ex lege duodecim tabularum, quæ poteſtatem facit cuique legandi, ut velit, dum leget rei ſuæ. Quæ lex ita accepta eſt, ut in primis pertineat ad heredum inſtitutiones; eoque & ad ſubſtitutiones, quæ & ipſæ inſtitutiones ſunt: quo ſcilicet liceat cuique heredes ſibi inſtituere, & ſubſtituere, ut velit: dum inſtituat ſuis bonis. *L. verbis. D. de verb. ſignific.* Quod in hac ſubſtitutione accidit, cum quis ſubſtituitur primo heredi in hunc caſum, *ſi ille heres non erit*. Neceſſe eſt enim bona, quæ defuncti fuerant, tandiu eius videri, quandiu nemo heres ea occupat. Sic enim intelliguntur eſſe hereditatis; ideo & defuncti per hereditatem, quæ defuncti perſonam ſuſtinet. *L. hereditas*, 34. *D. de acquir. rer. dom.* Iam vero ex hoc genere ſubſtitutionis ſic vocatur ſubſtitutus, ut tunc ſit heres, cum primus heres nemo exſtiterit, eoque nec bona defuncti occuparit. Bonis igitur ſuis in hunc caſum aperte ſubſtituit teſtator, non heredis, aut alienis. Unde & dicitur, ſubſtitutus ex hac ſubſtitutione [12] teſtatori fieri heres, *Inſtit. de pup. in princip.* verſic. *quo caſu*. Quare, ut primi heredis inſtitutiones, ſic & ſecundi in hunc caſum ſubſtitutiones pariter ſuperioribus verbis legis duodecim Tabularum confirmantur.

XVIII. Ex hac poteſtate libera in hunc caſum ſubſtituendi nomen natum ſubſtitutioni. Dicta eſt enim *vulgaris*, quæ fit in hunc caſum, & caſus ipſe vulgaris, & modus hic ſubſtituendi vulgaris. *L.* 4. *& toto Titu. de vulg.* Hanc autem ſubſtitutionem notari hoc verbo licet intelligere ex principio Tituli *Inſtitut. de pupill. ſubſt.* ubi Iuſtinianus ſubſtitutionem conceptam in hunc caſum, *ſi primus heres non exſtiterit*, eam eſſe dicit, de qua præcedenti Titulo egerat. Erat autem is Titulus de vulgari ſubſtitutione. Sed & in *§. ſin. autem, Inſt. de pup.* nominatim appellatur vulgaris ſubſtitutio, innuiturque eſſe illam ipſam, quæ in principio eius Tituli fieri dicitur ſub hac conditione, ſi primus heres non erit: dum ſcilicet eodem loco ſtatim diſtinguitur ab ea, quæ fit in ſequentem caſum, ſi heres exſtiterit pupillus. Non dubium, quin ſit ita dicta, non quia ſit [13] directa, ut quidam ſcripſerunt: nam & pupillaris directa eſt, quam conſtat non eſſe vulgarem: *L. poſt aditam*, *C. de imp. & al. ſubſt.* ſed quia [14] vulgo, id eſt paſſim, & in omnes tum teſtatores, tum heredes inſtitutos recepta eſt: ad diſcrimen cæterarum, quæ non item paſſim ſunt receptæ. Sic enim, & vulgares actiones in vulgus paſſim receptas, & vulgaria actionum nomina paſſim recepta, & uſitata dicimus. *L.* 1. *L.* 2. *D. de præſcr. ver.*

XIX. Non item paſſim licet in ſecundum caſum heredibus a nobis inſtitutis directo ſubſtituere: atque adeo ab initio in totum non licuit, repugnante eadem [15] lege duodecim Tabularum. Sic enim hac lege permittitur cuique facultas teſtandi, dum teſtetur de re, & pecunia ſua. *d. L. verbis, de ver. ſig. L. teſtandi, C. de teſtam.* Iam vero, ut ex ſuperiore conditione, *ſi primus heres non erit*, teſtator ſubſtituit ſuis bonis; quam ob cauſam & ſubſtitutio lege recepta eſt: ſic ex illa altera conditione, *ſi primus heres erit*, qualis recepta eſt in ſubſtitutione impuberis, *ſi impubes heres erit, & intra pubertatem deceſſerit*, ſubſtituit teſtator non bonis ſuis, ſed heredis. *L. ſed ſi plures*, *§. ad ſubſtitutos*, *D. de vulg. Inſtitut. de pup. in pr.* verſ. *quo caſu*. Idque ex eo ſatis intelligitur, quod ſubſtituitur heredi iam facto. Qui heres factus eſt, ad hunc omnia bona tranſeunt, & ius defuncti, ut de-

12) Vid. Duar. *h. t. C.* 10. *f.* 385. Coraſ. *ad L.* 5. *T. h. n.* 26. ideo voculam *ei* delet in *L.* 2. *§. pen. D. hoc tit.* quod non neceſſe eſt. Non enim rarum relativa referri ad remotiora. Ergo in *d. §. pen.* vocula *ei* non refertur ad *ſuum*, cui ſubſtituit pater vulgariter, ſed ad teſtatorem. Hinc autem: Hot. *in pr. l. hoc tit.* Vulgarem non proprie dici ſubſtitutionem. Subſtitui enim dicitur, qui in alterius locum, quem is prius obtinebat, ſufficitur, ut ſubſtitutus in officio. Sic igitur, inquit, ſubſtitutus pupillariter ſuccedit in locum filii, non autem vulgariter in locum primi heredis. Nam non illi, ſed ſubſtituenti ſucceſſor eſt. Sed his facile eſt occurrere.

13) Uti Maſſin. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 9. & *ad L.* 5. *C. h. n.* 24. ubi & *n.* 73. dicit, ſolam vulgarem eſſe directam, non ſi opponatur obliquæ, ut in *L.* 5. *T. h.* ſed ſi utili, quia ſola vulgaris eſt ex verbis legis 12. tabularum. Et Vult. *in pr. l. h. t n.* 5. quia & actio vulgaris dicitur, quæ directa eſt, *L.* 46. *in ſi. de her. inſt.*

14) Sic & vulgare pactum *L.* 4. *C. de pig. act. L.* 30. *D. de pact. dotal.* Cuiac. 4. *Obſ.* 23. Et in hac nominis ratione reddenda fere conveniunt Char. 1. *Veriſim.* 51. Cuiac. *ad L.* 163. *de V. S.* quia frequentior eſt, & fit cuilibet a quolibet. Zaſ. ad *L.* 1. *h. t n.* 11. quia cuivis ætati, & perſonæ hoc modo ſubſtitui poteſt. Govean. *ad Rub. D. h. t. n.* 11. quia communis, nec in ea delectus perſonarum habetur, Vigl *in Rub. I. h. n.* 7. Duar. *ad h. t. D. C.* 4. Myuſ. *in pr. I. h. t. n* 2. Coraſ. *ad L.* 5. *C. h. t. n.* 1. Gabr. Degaſt. *ad Rub. C. h. pag.* 9. P. Greg. 42. *Synt.* 12. *n.* 1. Dauth. *ad L.* 1. *h. t. n.* 2. Diſſ. Maſſin. *ut ſupr.* & Vacon. 3 *Decl.* 50. *n.* 9. *&* 4. *Decl.* 61. *n.* 4. falſo aſſeri ſcribit, quod fiat cuilibet a quolibet. Non enim poteſt a pupillo, furioſo deportato, filiofamilias &c. Dicit Bart. a quovis ſcilicet idoneo. Id ſi ita eſt, regerit Vacon. etiam pupillaris recte dicetur vulgaris. Ille igitur *d. C.* 50. *n.* 10. & *d. C.* 61. *n.* 5. dictam vult, quia a vulgo non a lege inventa, ad impedienda caduca, ut colligi putat ex *L.* 1. *Cod. de caducis. toll.*

15) Duaren. *h. t. C.* 12. eſſe hanc ſubſtitutionem contra L. 12. tabb. & iuris ſubtilitate inductam. Et Gabr Degaſt *ad L.* 7. *C. h. tit* & Trentacinq. *de Subſtit. Par* 2. *C.* 1 *n.* 7. eſſe ex humanitate contra iuris regulas, quia ſic teſtamentum filii pendet ex arbitrio patris.

defuncti esse desinant, incipiant esse heredis. *L. cum heredes, in pr. D. de acq. poss. L. heres in omne. D. de acq. her.* Ita in hunc casum substituendo primo heredi, *si heres erit*, aperte substituit testator heredis bonis: id est alienis, non suis; quod lege duodecim Tabularum non licet. Et hoc, ut dixi, ita initio ius fuit in totum, ne liceret. Postea substitutio in hunc casum recepta non *iure civili*, sed [16] *moribus*; non quæ permitteretur passim & vulgo, ut prior illa, quæ fit in primum casum: sed certis tantum in personis, & certis conditionibus. Ac primum permissa solum parentibus, ut liberis suis substituere possent. Neque tamen liberis omnibus; sed solum impuberibus, quos in potestate habent, & in hunc casum, *si heredes extiterint, & intra pubertatem decesserint*. L. 2. D. de vulg. Institut. *de pupill. substitut.* Ut vel hinc appareat, quam recte superior dicatur *vulgaris* ad hanc excludendam: cum hæc nihil minus sit, quam vulgaris, quæ non vulgo, non passim, non in omnes testatores, non in omnes heredes recepta est. Hac recepta, nomen substitutioni ex re inditum. Dicta est enim *substitutio impuberis*, quia fit Impuberi. Sic appellatur in *§. illud, Institut. de pup.* sic in *Tit. C. de imp. & aliis subst.* frequentius, & ad speciem notandam convenientius dicta [17] *pupillaris*, toto Tit. D. *de vulg. & pup. Inst. de pupil.* ex eo, quod proprium est substitutionis; quia scilicet in hac substitutione ita substituitur Impuberibus, ut tamen non substituatur omnibus, sed tantum pupillis: id est iis impuberibus, qui [18] morte patris sui iuris futuri sunt, qui dicuntur pupilli. *L. pupillus, D. de ver. sig.* Est enim hæc conditio substitutionis, *si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit*. Non potest patri heres esse, nisi mortuo; quoniam viventis nulla est hereditas. *L. 1. D. de here. vel ac. vend.* mortuo autem patre, sui iuris futurus est, ac tum pupillus. In quod tempus substitutio confertur.

XX. Hæc substitutio, ut postea recepta est primo; ita sola recepta ante tempora Iustiniani. Unde hæc genera tantum duo veteribus cognita, *vulgaris*, & *pupillaris* substitutio. Quæ ideo sola in Pandectis videmus commemorari, & tractari sub Titulo de *vulga. & pupilla. substitutio.* item in Institutionibus Titulis duobus, quorum alter est de *vulgari substitutione*, alter *de pupillari*. Tentatum quidem sæpe, ut verisimile est, a parentibus, num possent aliis liberis testamentum facere, seu substituere in secundum casum, cum itidem liberi sibi testamentum facere non possunt; ut cum sunt muti, aut furiosi, vel mente capti. Sed ne hoc quidem iure publico permissum erat. Solebat impetrari speciali beneficio a Principe; qualis Impetratio refertur in *L. ex facto, in princip. D. de vulg.* Postea Iustinianus superiore exemplo, & æquitate rei motus, publica lege in eam rem lata, concessit, ut possent parentes in secundum casum substituere liberis etiam mente captis, quamvis maioribus, si instituti heredes essent, deinde in eodem morbo mentis decederent. *L. humanitatis, Cod. de imp. §. qua ratione, Institut. de pupill.* Quam substitutionem, quia ad exemplum pupillaris inducta dicitur in dicto *§. qua ratione*, ideo vulgo [19] *exemplarem* vocant. Quasi ad exemplum alterius aliquid introductum esse, quidquam ad rem pertineat, ut res inducta dicatur exemplaris. Hypothecaria actio inducta est ad exemplum Servianæ, unde & quasi Serviana dicitur. *§. item Serviana, Institut. de act.* Nemo tamen unquam propterea hypothecariam appellavit actionem exemplarem. Quarta Trebellianica inducta ad similitudinem quartæ propositæ ex lege Falcidia. *§. sed quia heredes, Institut. de fid. hered.* Et quis unquam nominavit quartam Trebellianicam quartam exemplarem? Quod si ne ii quidem ipsi faciunt, a quibus exemplaris nomen natum est: non est, cur magis hoc verbo utan-

16) Non Lacædemoniorum, ut vulgo exponunt, referente Trentacinq. *d. C. 1. n. 4.* & probante Vacon. 4. *Declar.* 63. *n.* 1. Govean. *ad L. 2. 5. h. t. n.* 6. sed populi Romani Coras. *ad L. 7. Cod. hoc tit. n.* 2. ex prudentum interpretatione, quæ consensu populi probata, in mores transiit, Forner. 5. *Rer quotid.* 3. quia quoties mentio de iure simpliciter, nostrum ius significatur. Ergo & quando de moribus, Massin. *ad L. 4. Cod. hoc tit. n. 9. & seqq.* Eman. Soarez. *in Annotat.* ad Gomez. 1. *Var. resol.* 4. *lit. A.*

17) Impuberum si ordinationem inspicimus: Pupillaris si exitum, Massin. *ad d. L. 4. n.* 7.

18) Habetur hic magis ratio temporis, in quod confertur, & quo vigorem suum consequitur, quam eius quo fit substitutio. Vigl. *in Rub. I. h. n.* 5. Vult. *in pr. I. h. n.* 1. Quamquam & qui in potestate patris est pupillus vocatur, *L. ult. §. 2. de Verb. Obl. L. 4. C. de noz. serv. her.* Olim enim puerum hæc vox significavit, & a puppo originem traxit. Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 97. *n.* 3. Alc. *in L.* 239. *de V. S.* Coras. *ad Rub. Cod. h. n.* 16. Gæd. *in L.* 161. *de V. S. n.* 3.

19) Trentacinq. *de Substitut. Par.* 3. *C.* 1. *n.* 2. & eam appellationem defendit Massin. *ad L. 9. C. h. t. n.* 11. Sed & eam reiicit Duar. *h. t. C. 6. & 17. & 2. Disp.* 7. vocans quasi pupillarem. (melius quam Govean. qui *ad rubr. h. t. n.* 8. simpliciter vocat pupillarem, sicuti & tutela patronorum vocatur legitima. Quod non convenire videtur,) Neque enim dicitur exemplare peculium, sed quasi castrense, &c. & Charond. 2. *Verisim.* 13. Mercer. *I. Opin.* 16. *in fi.*

utantur in substitutione, quam in cæteris, quæ simili exemplo inducuntur. Et vero ut hoc verbum novum est, & a consuetudine loquendi veterum abhorrens; ita & ad rem, de qua agitur, significandam plane ineptum. Cum enim dico substitutionem exemplarem, nemo hinc intelligit, neque quis substituat, neque cui substituatur, neque quomodo: ut plane hoc verbo nihilo plus explicem, quam si omnino nihil dixissem. Qua maxime de caussa, etiam si cætera deessent, eo verbo ad docendum uti non debemus. Verba enim rebus debent esse consequentia, cum rerum significandarum caussa inventa sint, ut bene monetur in §. *sed nos*, *Instit. de don.* Quam regulam si sequimur, & nomen quæritur, significanti uti oportet. Nullum est autem significantius, neque ad usum veterum in hac re accommodatius, quam, ut quemadmodum substitutio, quæ fit impuberi, dicitur ex persona substitutio impuberis, seu pupilli: sic substitutio, quæ fit mente capto, dicatur itidem ex persona *substitutio mente capti*.

XXI. Non plura genera directarum substitutionum iure communi recepta. Dixi directarum, quia ex caussa fidei commissi licet omnes heredes a nobis institutos rogare, ut aliis hereditatem, quando nobis visum erit, restituant. §. *ult. Inst. de pup.* ut suo loco dicetur. Dixi iure communi, quia ex privilegio militum licet militibus etiam extraneis heredibus a se institutis, & maioribus viginti annis, iubere, ut illi sint heredes usque ad certum tempus, & post id tempus alios heredes substituere. *L. miles ita heredem*, *D. de testam. milit.* Nos de institutionibus, & substitutionibus, quæ iure communi fiunt, agimus, de testamento militari, & in eo de privilegio militum postea dicturi. Quibus cognitis, licet iam genera substitutionum iure recepta, & suis nominibus notata breviter complecti: ut substitutio directa genere sit duplex: *vulgaris*, & *non vulgaris*. Vulgaris, cum primo heredi quis substituitur in hunc casum, si primus heres non erit. Non vulgaris, cum primo heredi substituitur, si primus heres erit, ac deinde desinet. Huius generis iure communi species duæ; *pupillaris*, seu *impuberis*, & *mente capti*. Neque, ut dixi, hoc iure genere plura.

XXII. Adiiciunt tamen vulgo interpretes hæc duo: *Compendiosam*, & *Breviloquam*. Sed genera, ut inaudita iuris auctoribus, ita & verbis inepta, & re supervacua.

XXIII. Compendiosam vocant, cum miles filio impuberi substituit directo in hunc casum, *si filius intra vigesimum quintum annum decesserit*, aut simile aliquod tempus, quod excedat pubertatem: qualis substitutio proponitur in *L. centurio*, *D. de vulga.* & *L. precibus*, *C. de imp. & al. subst.* [20] Compendiosam ideo quia conpendio sermonis varias substitutionis species complectitur. Nam, intra pubertatem filio decedente, bona filii substitutus iure communi capit, in quibus & bona patris, cui filius heres extiterat. Post eam autem ætatem ex privilegio militis bona patris dumtaxat, ut est in *d. L. centurio*, *de vulg.* At hic eadem genera sunt substitutionum, quæ supra diximus. Nam intra pubertatem continetur substitutio pupillaris, quo modo quivis paganus filio suo iure communi substituere potuit. Post pubertatem autem admittitur substitutio directa illa quidem, & in secundum casum, sed ex privilegio militum. De quo nunc non agitur, & si ageretur, de eo supra dictum est: ut hic nova genera non nascantur, sed comprehendantur verbis plura: eadem tamen, quæ supra posuimus. Figura quidem orationis diversa: sed quamdiu res eadem est, verba rem non mutant; nec interest, quibus verbis quid dicatur, dum verbis exprimatur idem. *L. quoniam*, *C. de testa.* *L. 2. C. com. de leg.* Verbum etiam ad hoc genus exprimendum ineptum. Licet enim hoc verbo appellare etiam substitutionem breviloquam, quam vocant: quoniam loqui breviter, & loqui compendio sermonis, idem valent. Licebit & compendiosam appellare, cum plures heredes instituti substituuntur invicem his verbis, *eosque invicem substituo*: ubi quot sunt personæ, quæ substituuntur, tot sunt substitutiones. *L. 4. L. potest*, *in fi. D. de vulg.* Id autem ne isti quidem dicunt, aut ita istas vocant.

XXIV.

20) Quia sub compendio temporum, non personarum, plures substitutiones comprehendere apta, Trentacinq. *de Substitut. Par.* 4. *Cap.* 1. *n.* 1. vel quia sub verborum compendio multa tempora, & substitutiones complectitur Massin. *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 5. Hanc non esse speciem distinctam, si ex Logicorum regulis rem metiamur, fatetur Trentacinq. *d. Cap.* 1. *n.* 2. sed in usu iuris, modicam diversitatem speciem constituere ait, & quæ participat ex aliis speciebus separatim considerari *L.* 9. *de præt. stip. &* *simil.* Sic mulsum species nova est ICtis *L.* 5. §. 1. *de R. V.* non est philosophis. Et esse eam speciem distinctam Vacon. 4. *Decl.* 64. *n.* 3. Forcat. *Dial.* 24. *n.* 1. Massin. *ad L.* 8. *Cod. hoc tit. n.* 327. *& seqq.* de qua & Matthæus Gribal. *in Tr. Compendiosa ad L.* 8. *Cod. hoc tit.* P. Greg. 42. *Synt.* 26. & Vasq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 18. *toto*. Ang. Matthæac. *Epit. legat. Lib.* 1. *Cap.* 7. *& Cap.* 16. *&* 3. *seqq.* Mar. Anton. Peregrin. *de Fideicommissis. artic.* 34. & Gomez. 1. *var. Resol.* 7.

XXIV. Breviloquam [21] appellant, cum pater, duobus filiis impuberibus institutis, eos invicem substituit his verbis, *eosque invicem substituo:* quia scilicet placet his brevibus verbis non solum utrumque impuberem alteri, sed etiam in utrumque casum substitutum videri: sive unus heres non erit, sive heres erit, & intra pubertatem decesserit: quo intelligatur in hoc breviloquio vulgaris, & pupillaris contineri. *L.* 4. *D. de vulg.* Atqui hic idem error est, qui supra. Licet enim videre non nova genera hic statui, sed eadem illa, quæ ante diximus. Et ut conceptio tantum notetur, non magis tamen licet hanc breviloquam, aut compendiosam, dicere, quam superiores. At Modestinus in *d. L.* 4. *de vulg.* speciem hanc diserte vocat tertium genus substitutionis. Sed, cum adiiciat, in hoc genere nihil amplius contineri, quam vulgarem separatim, aut separatim pupillarem substitutionem, prout erit eventus conditionis: apparet, non constitui ab illo genus, quod re differat a prioribus, sed quod plane sit idem. Quod ergo vocat tertium genus substitutionis, perspicuum est eum tertium dicere non re tantum, sed tertium [22] *forma, & conceptione verborum:* ut hoc modo, vere est tertium. Nam vulgaris substitutionis, si per se exprimatur, forma hæc est, *si primus heres non erit, Titius heres esto.* Inst. de vulg. *in pr.* Pupillaris hæc: *si filius impubes heres erit, & intra pubertatem, decesserit, ille heres esto.* Inst. de pup. *in pr.* Tertium genus substitutionis conceptione a prioribus differens est, cum impuberes filios institutos pater ita substituit, *Eosque invicem substituo.* Sed his verbis nihilominus re ipsa superiores substitutiones continentur: ut sint re genera eadem; sed quæ verbis aliter exprimantur, vel significentur potius. Longe aliud est quærere, quæ sint genera substitutionum: aliud, quomodo, & quibus verbis singula exprimantur. Nam fuerunt plura genera veteribus, quam vulgaris, & pupillaris; sed multo pluribus modis quam uno exprimuntur singula. De quo in unoquoque genere ex verbis substitutionis quærendum est. Redeo igitur eodem, plura substitutionum genera non esse, quam superiora, sive nomina de his veterum spectentur, sive spectetur res, & substitutio ipsa, quam verbis pro genere aliquo certo, & ab aliis re diverso notare oporteat.

21) Quam crebrius reciprocam vocant. Trentacinq. *de Substitut. P.* 5. *passim.* quasi repetitum, quia repetit personas: & partes in institutione repetitæ censentur in substitutione *Leg.* 1. *Cod. hoc tit.* vel quia inter plures vicissim, & reciproce, ac mutuo fit, ut convenientius, Massin. *in L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 6. qui & reciprocam duplicem esse scribit. 1. Diffusam, & in singulis casibus expressam, quæ breviloqua vocari nequeat. 2. Brevem, coarctatam, generali oratione conceptam, quæ sic vocetur, quam & deinde passim breviloquam appellat. Hæc an sit vera species hinc inde differit, & adstruit, Massin. *ad d. L.* 1. *n.* 12. *& seqq.* ubi *n.* 33. cum entia civilia sint accidentia, in iis qualitates accidentales constituere novam speciem, nec differentiam inter accidentia posse esse nisi accidens. Vid. & de eo Trentacinq. *de Subst. Par.* 5. C. 3. Gomez. 1. *var. Resol.* 8. Doar. *h. t.* C. 24. *& seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* C. 27. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 19. & Matthæac. *Epit. legat. Lib.* 1. C. 15.

22) Govean. *ad Rubr. D h. t. n.* 8. orationis figuram genus novum non constituere. Tertium genus pro tertio modo seu qualitate ut in *L. Thais* 41. §. 11. *de fideic. libert.* Virgil. *Quod genus hoc hominum.* Sed Trentacinq. *d. loc.* genus in *d. L.* 4. §. proprie accipi, quia dicitur tertium respectu vulgaris, & pupillaris, quæ veræ sunt species.

CAP. XXIV.

De vulgari substitutione: Quando facta intelligatur: Ea inventa, quando ex ea deferatur hereditas: Quibus ex partibus.

Nexus rerum indicatur. I.
Vulgaris substitutio aut exprimitur verbis, aut non expressa, intelligitur. II.
Verbis vel plena oratione, vel verbo uno. Exempla utrinsque. III.
Non expressa intelligitur duobus casibus. IV.
Uno si pater filio impuberi substituit in secundum casum si heres erit, & impubes decesserit. V. VI.
Altero si coheredi substituto tertius substituatur. Atque ad eum utraque portio deficientium heredum pertinere sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit. VII. VIII.
Vulgarem substitutionem excludi, cum institutus heres existat. IX.
Existere heredem, si suus, ipso iure, si extraneus, adeundo. Non esse cum Bartolo putandum, tum suo heredi substitutus quis est in vulgarem casum, substitutionem ex necessario herede facere voluntarium. X.
In suo herede se abstinente idem iuris ac in extraneo, qui adiit, ac postea beneficio ætatis restituitur. XI.
Non esse dubium, quin, extraneo adeunte, evanescat substitutio vulgaris. XII.
At fideicommissaria confirmatur. XIII.
Item pupillaris. XIV.
Vulgaris facta servo alieno; si is iussu domini hereditatem adiit, expirat. XV.
Quid, si facta servo, quem testator putavit patremfamilias. XVI.
Exponitur Lex si paterfamilias D. de hered. instit. XVII.
Huius legis lectio vulgaris vitiosa. Item Pandectarum Florentinarum. XVIII.
Substitutio vulgaris facta cum minori, tum heredi suo, non expirat si ille post aditam hereditatem restituatur, hic se abstinuerit. XIX.
Ut, primo herede existente, expirat vulgaris substitutio, ita, eo non existente, confirmatur. XX.
Intelligitur non extitisse, cum certum esse cœpit, non posse heredem esse. XXI.
Id certum esse incipit cum vel heres esse noluit, vel casu non potuit. XXII.
Non potest aut tum ante aditam hereditatem decedit, aut, cum conditio, sub qua institutus est, deficit. XXIII.
Non vult si heres extraneus, repudiando; si suus, abstinendo. XXIV.
Filiofamilias herede instituto, eique si heres non erit, dato substituto, huic esse locum, si ille, etiam iubente patre, adire recuset. Contrariis occurritur; *Lex* q. ultima §. 1. C. de bon. quæ lib. *declaratur*. XXV. XXVI. XXVII.
Non potest institutus heres esse, qui natura, aut iure impeditur. XXVIII.
Natura, qui, vivo testatore, decessit. XXIX.
Idem de eo, qui sub conditione institutus est, si conditio deficit. XXX.
Iure impeditur heres esse, qui ante aditam hereditatem decessit. Eam non aditam non transmitti, præter quam a liberis ad liberos; ab extraneis ad quoscunque si intra annum decesserint. XXXI.
Extraneo herede, qui ius transmittendi habeat, instituto, eique dato substituto, utrum, si ille, hereditate non adita, decesserit, eius heredes adeundo substitutum excludant. XXXII.
Pluribus substitutis, singuli, si partes adscriptæ, in sua parte, si non adscriptæ, nec prius instituti, ex æquis partibus substituti intelliguntur. Pluribus institutis, ac invicem ipsis, aut pluribus ex eis uni substitutis, credendum esse ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti fuerant. XXXIII.
Id verum esse si sub appellatione heredum substituti sint: secus si quidam sub nominibus propriis. XXXIV.

I. His generibus receptis, videndum, quid sit proprium singulorum, quod necesse sit cognosci ad deferendam ex substitutione hereditatem: ac primum de vulgari. Et potestate in vulgarem casum substituendi libera constituta omnibus, ut constitutam esse diximus: quæ potestas declaratur in *L. potest*, *D. de vulg. Inst. eod. in pr.* Unde & vulgaris nomen; restat ad deferendam hereditatem ex hac substitutione, ut de voluntate testatoris hic quæratur, an sit facta vulgaris substitutio: atque, hac inventa, quando ex ea deferatur hereditas, & quibus ex partibus. II.

II. An facta sit substitutio vulgaris, intelligitur ex iis rebus, quibus hæc substitutio significatur. Significatur autem hoc modo. Aut enim exprimitur verbis, aut verbis non expressa intelligitur.

III. Exprimitur alias plena oratione, alias verbo uno. *Plena oratione:* cum exprimitur conditio huius substitutionis propria. Hoc modo, *Si primus heres non erit, Titius heres esto*. Inst. de vulg. *in pr. L.* 1. *L. potest*, D. de vulg. *Verbo uno*; cum testator substituendi verbo utitur in persona eius instituti, cui aliter, quam in vulgarem casum substitui non potest: ut si dicat, *Titium primo substituo:* aut pluribus institutis ita scribat, *eosque invicem substituo*. Nam sive illic primus heres extraneus est, cui testator ut impuberi non possit substituere, sive hic unus aliquis ex heredibus in eadem caussa; superiori verbo nihil nisi in vulgarem casum facta videtur substitutio. Alioqui communi verbo ad utramque substitutionem pertinente, duplex substitutio futura. *L.* 4. *D. de vulg.*

IV. Verbis non expressa vulgaris substitutio tamen intelligitur, cum, aliis verbis positis, colligitur coniectura voluntatis. Quod contingit uonnunquam, cum alia substitutio posita est; interdum cum hæc ipsa in unius instituti persona expressa, in alterius instituti persona intelligitur.

V. Alia substitutione posita intelligitur vulgaris, cum pater filio impuberi in secundum casum substituit, *si heres erit, & impubes decesserit*. His enim verbis substitutio pupillaris tantum exprimitur. Sed qui ita substitutus est, etiam in vulgarem casum videtur substitutus; ut, si impubes heres non erit, puta quod decesserit patre vivo: nihilominus substitutus patri substitutus intelligatur. Id ita necesse est intelligi, si cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, intelligatur substituisse in [1] utrumque casum: quod est constitutum *L.* 4. *D. de vulg.* At quomodo in hunc casum videatur substitutus, qui in hunc casum scriptus non est: cum exigamus in herede instituto, non solum ut testator eum heredem esse voluerit, sed etiam ut scripserit? *L. quoties*, 9. *in pr. D. de her. inst.* Satis in hunc casum scriptus videtur, qui scriptus est aliquo modo, & iis verbis, unde hic casus [2] colligatur. Non enim, ut ante dixi aliquoties, necesse est, in testamento omnia exprimi. Satis est ea poni, unde intelligatur testatorem & in alia re, aut alia persona idem voluisse: ut ad id etiam voluntas pertineat, & admittatur. *L.* 3. *C. de inst. & subst. L. cum avus, D. de con. & dem. L. licet, D. de leg.* 1.

VI. At quomodo ex hac conditione, *si impubes heres erit*, colligatur hæc, *si heres non erit*, cum non modo una non sequatur ex altera, sed etiam ipsæ inter se sint contrariæ? Verbis, & conceptione conditionis sunt contrariæ: re autem ipsa posterior duplo plus continet, quam prior: semper tamen idem, quod prior. Ex posteriore vocatur substitutus ad du-

1) Vulgo dicunt, Expressam pupillarem continere tacitam vulgarem & vicissim. Num autem & postumo facta pupillaris hanc contineat? Negat Govean. *ad L.* 4. *D. h. t. n.* 2. per exemplum caussæ Curianæ cuius mentio Ciceroni 1. *de Oratore*. quem refellit Cabot. 2. *Disput.* 17. vid. & Duar. *h. t. C.* 16. *fol.* 395. Dauth *ad L.* 1. *hoc t. n.* 17. *& seqq.* Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 12. & de caussa Curiana. P. Herod. *Lib.* 1. *de cret. Tit.* 45. ac Ang. Matthæae. *Lib.* 2. *de Via iur. C.* 15. *n.* 3. *& seqq.* An per adventum pubertatis hæc tacita vulgaris extinguatur vid. Trentacinq. *de Substitut. P.* 1. *Cap.* 22.

2) Ita vulgo DD. Unde & tacitam eam vocant Trentacinq. *P.* 1. *C.* 1. *n.* 3. *& seqq.* & passim Massin. *ad L.* 3. *C. h. n.* 16. *& passim* Cabot. 2. *Disput.* 16. convenientius præsumptam vocari, quia præsumit Lex, in alium quoque casum providere voluisse: oblitum autem vel morte præpeditum, Arg. *L.* 25. §. 1. *de lib. & post.* Duar. *h. t. C.* 10. *f.* 382. hoc non esse ex certa testantis voluntate, quia obstaret *L.* 10. *de lib. & post.* Sed ex constitutione D. Marci, quæ ita interpretatur. & A. Fab. 26. *de Err. Prag.* 3. recte a lege intellectam vocari a Govean. *ad Rubr. D. h. t. n.* 16. & *ad L.* 4. *hoc ti.* non recte a DD. vulgo tacitam. Tacitum est quod in expresso vi ipsa continetur: hic nihil minus. Casus hi contrarii sunt. Unius expressio alterum excludit. Nec D. Marcus coniecturatam mentem testatoris respexit, sed favorem pupilli. Cuius rescriptum si non intervenisset, prudentes hoc interpretatione usa efficere non potuissent. Idem Faber 32. *Err. Prag.* 9. vulgarem tacitam nullam esse, sed pupillarem tantum ex *d. L.* 4. magno nisu contendit. Quod hic nunc expendere non vacat. Sane non inepte DD. tacitam vocant substitutionem, tametsi ex legis sit interpretatione, vel fictione. Sicuti & ipsi ICti tacitam conventionem vocant, qua invecta in prædium urbanum pignori obligantur *L.* 4. *pr. de pact. L.* 4. *pr. L.* 6. *D in quib. ca. pign.* Quæ tamen ipsa non est ex voluntate contrahentium facto declarata, sed a lege, quæ pactionem intervenisse fingit, præsumpta, agnoscente non tantum, sed immo contendente, ac recte quidem, ipso Fabro 60. *de Error. Pragm.* 8. *&* 9. non recte tamen contra ipsa Iureconsultorum verba negante, illam tacitam vocari posse. Turam. *Epist. academ.* 7. sic distinguit. Si respicimus caussam inducendæ constitutionis D. Marci; dici non potest, quod eum moverit coniectura voluntatis testantis. Sumeretur enim vel ex aliqua parte testamenti, vel ex dicto, aut facto aliquo testatoris. Ex substitutione ipsa facta in unum casum sumi non potest. Casus enim vulgaris substitutionis est: *Si heres non exsistat:* Pupillaris: *Si exsistat, & impubes moriatur.* Exsistere, & non exsistere sunt opposita, &c. Et hoc probant duæ exceptiones, quæ subiectæ sunt *in d. L.* 4 *h. t.* 1. Ne locum habeat hæc extensio in personis imparibus. Ratio *in d. L.* 4. §. 2. incongruens enim videbatur &c. ut *ibi*. Incongruum autem id non respectu testatoris: Eo enim volente immo non est incongruum, sed respectu legis. 2. Exceptio in *d.* §. 2. Nisi voluntas refragetur. Si Lex sequeretur voluntatem testatoris, non posset hæc exceptio timeri. Sin vero testamenta post dictam Constitutionem confecta respicimus, habet hæc tacita, quæ vocatur substitutio, voluntatem testantis ex eo, quod is præsumitur scivisse iura. Quare hæc constitutio locum non habet in testamento militis, quia coniectura illa voluntatis, ex qua hæc substitutio inducitur, non est ex verbis prolatis, sed præsumpta iuris scientia. In milite autem hæc non est, sed præsumpta LL. ignorantia. Ita Turaminus. cui assentior.

plicem hereditatem, impuberis simul, & patris. Impuberis; quia aperte pater huic heredem dat, & substituit eius bonis. *L. sed si plures, §. ad substitutas, D. de vulg.* Patris; quia in hereditate filii reperiuntur bona patris, cum filius patri heres exstitit. Unde regula iuris nata, heredem heredis, heredem quoque esse testatoris. *L. ult. C. de her. inst.* quæ efficit, ut qui filio impuberi, eidemque patris heredi ex substitutione heres est, sit idem & heres patri. Ex priore autem illa conditione, *si impubes heres non erit*, vocatur substitutus ad bona tantum patris; attamen patris: denique substituit testator heredem sibi. Manifesta voluntatis coniectura hæc est, si pater substituendo in hunc casum, *si filius heres erit*, voluit substitutum heredem sibi esse & filio; multo magis voluisse sibi soli esse heredem, quo casu ex superiore conditione filio heres esse non poterit.

VII. In unius instituti persona expressa vulgaris substitutio etiam ad alterum institutum porrigitur, cum duobus heredibus institutis, & uno alteri substituto, alius huic substituto substitutus est. Tum enim placet, posteriorem substitutum utrique instituto substitutum esse, & ad utriusque partem admitti. Quæ Iuliani primum sententia fuit relata in *L. si Titius* 27. *D. de her. inst.* deinde confirmata rescripto Imperatorum, quod refertur in *§. sed si instituto, Inst. de vulg.* Sint, exempli gratia, duo instituti, Primus, & Secundus (sic enim speciem facti proponit Theophilus in *d. §. sed si instituto*) deinde Primus in partem Secundi substitutus, si Secundus heres non esset; ad extremum Tertius substitutus Primo, si Primus heres non esset. Hoc quidem constat, herede non exsistente Primo, Tertium, qui illi substitutus erat, ad Primi partem admitti ex manifesta substitutione. Sed dicimus amplius, etiam Secundo deficiente, Tertium, tanquam huic quoque substitutum, ad eius etiam partem admitti. At unde hæc substitutio in Secundi locum, cum de eo nihil verbis substitutionis sit comprehensum? Ex ea nimirum 3 substitutione, quæ expressa est in unius personа, voluntas testatoris etiam de eadem in alterius persona intelligitur. Id autem fit hoc modo. Cum enim Primo, qui coheredi suo Secundo substitutus erat, Tertius substitutus est: intelligitur, substitutus esse in locum heredis substituti; eoque in omnem partem, quæ ei heredi deferebatur. Deferebatur autem ei utraque pars hereditatis. Sua ex institutione; coheredis sui ex substitutione, qua illi erat substitutus. Quapropter Tertius Primo substitutus, coniectura voluntatis in utramque hanc partem substitutus recte existimatur. Et quod dicitur in *d. §. sed si instituto, Inst. de vulg.* Tertium substitutum in utriusque partem admitti; sic accipiendum est, ut admittatur pro natura, & conditione substitutionis, si uterque & Primus, & Secundus heredes instituti non exstiterint heredes. Ideo enim admittitur Tertius, quia in utramque partem substitutus est, ut est in *d. L. si Titius, de her. inst.* Ex substitutione autem vulgari non aliter admittitur substitutus, quam prioribus heredibus non existentibus, ut mox dicetur.

VIII. Quod adiicitur in *d. §. sed si instituto*, Tertium secundum substitutum ad utramque partem sine distinctione admitti: qualis sit ea distinctio, quæ illic intelligi debeat, quæque ibidem removeatur, explicat Papinianus in *L. coheredi, in pr. D. de vulg.* Ad substitutum secundum, inquit, utraque portio deficientium heredum pertinet, sive ante substitutionem, sive postea substitutus fit: id est sive Tertius secundus substitutus, fuerit substitutus Primo heredi ante, quam Primus substitueretur Secundo coheredi suo, ac deinde Primus coheredi sit substitutus; sive recto ordine Primus Secundo coheredi primo loco sit substitutus, deinde Tertius Primo. Et recte: quocunque enim loco Primus substitutus sit coheredi suo, semper ordine naturæ prius ei substitutus intelligitur, quam substitutus secundus ex substitutione ad eius partem vocetur. Addit Papinianus: *nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante* 4 *decedat.* Hoc contra poterat videri. Nam cum prius decedit Secundus institutus, defertur eius portio Primo eius coheredi, eidemque eius substituto. Quod si deinde & hic decedat, non mirum, si Tertio Primi substituto utraque pars deferatur: quoniam prius delata erat ei, in cuius locum substitutus est. At hoc contra evenit, si proponas, Primum coheredi substitutum decessisse ante coheredem suum. Tunc enim nunquam dici potest portio coheredis ei fuisse delata. Quo

3) Non iure accrescendi, ut vulgo DD. *ad L.* 6. C. *h. t.* Nulla enim esset dubitandi ratio, si hoc iure accrescendi eveniret, nec desiderasset res speciale rescriptum *d.* §. 3. Duar. *h. t.* C. 10. *f.* 385. & seq. Vult. *in §. ult* 2. *I. h. t. n.* 2. *&* 3.

4) Aliud est in pupillari, ut in exemplo *L.* 47. *h. t.* vid. Vult. *d. loc.* & aliter Duar. *h. t.* C. 16.

Quo fit, ut si postea decedat Secundus coheres, non videatur hæc portio ad secundum substitutum pertinere debere: ad quem neque potest pertinere ex persona substituti, cui illa delata non erat; neque ex sua, qui primo illi instituto substitutus non fuit. Sed & hanc distinctionem recte removet Papinianus: quia hic non eventum spectare debeamus, sed propositum, & destinationem testatoris, qui uni heredi coheredem suum substituendo, ac deinde substituto coheredi alium substitutum dando, aperte ab initio hoc animo fuerit, ut, deficiente instituto, utraque pars ad coheredem perveniret: deinde, hoc quoque deficiente, tantumdem perveniret ad substitutum secundum. Quæ voluntas, quandocumque primus substitutus decesserit, eventu mutari non potest.

IX. Vulgari substitutione ex his inventa, tum de vi, & potestate eius ad deferendam hereditatem quærendum. In quo primum est illud, quando ex ea deferatur aut non deferatur substituto hereditas. De quo ex conditione substitutionis æstimandum est. Substitutio est sub conditione, *Si primus heres non erit*. Proinde, deficiente hac conditione substitutus excluditur: exsistente, admittitur; ut est vis conditionis cum in omnibus aliis caussis, tum in heredum institutionibus, & substitutionibus. *L.* 1. *L.* 2. *C. de inst. & subst. L.* 5. *D. de cond. inst. L.* 2. *D. de her. inst. L.* 3. *C. de imp. & al. subst.* Deficit hæc conditio, cum primus heres exstitit. Proinde ita statuendum, instituto herede exsistente, cui substitutus datus erat, substitutionem vulgarem evanescere: quia substitutionis conditio defecerit.

X. Exsistit primus heres; si quidem suus, ipso iure. *§. sui, Inst. de her. quæ ab int. def.* Si extraneus, hereditatem adeundo. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Quamobrem eveniet pariter utroque modo, ut substitutio vulgaris evanescat, sive filius suus heres institutus, cui substitutus in vulgarem casum datus erat, heres patri exstiterit iure; sive extraneus institutus heres hereditatem adierit. Nisi forte cum Bartolo putamus, cum suo heredi substitutus quis est in vulgarem casum, *si heres non erit*, substitutionem ex necessario herede facere[5] voluntarium; qui proinde non aliter fiat heres, quam si adierit. Hoc enim ille ita scribit ad *L.* 1. *D. de vulg.* Quod verum non est. Nam & cum filio impuberi quis substituitur, semper in vulgarem casum intelligitur substitui. *L.* 4. *D. de vulg.* Neque eo minus tamen impubes necessarius patri heres exsistere dicitur. *L. Iulianus*, 42. *D. de acq. her. L. si filius*, 12. *D. de vulg.* Et recte. Quid enim significant hæc verba substitutionis vulgaris, *Si filius heres non erit*, nisi hoc, si filius heres non erit, quibus modis accidere potest, ne sit heres, non aliis? Atqui ne sit heres, his modis accidet, si aut vivo patre decedat, aut ab eo emancipatus, postea hereditatem mortui repudiet. Qui si, in potestate patris manens, patri superstes erit, ius facit, ut, qui suus est patri heres, idem & patri statim exsistat heres necessarius. Quod ius superior conditio non mutat; cum nihil ea in se habeat, quo id significari intelligatur. Hæc ergo in suo herede etiam removendæ substitutionis vulgaris ratio est, cum ille illo modo heres patri exstiterit. Quod ipso iure, non aditione hereditatis contingit.

XI. Quid si suus heres se abstineat postea? Idem iuris erit, quod futurum est, si extraneus, hereditate adita, restitutus sit beneficio ætatis, ut sibi repudiare liceret; ut perinde sit in utroque post hæc facta, quasi heres non exstitisset, de quo paulo post.

XII. Quod ad extraneum heredem attinet, quando is certo fit heres, hereditate adita; nulla dubitatio esse potest, quin, cum is, qui primo gradu institutus erat, hereditatem adierit,[6] evanescat substitutio vulgaris. Et hoc est, quod inde sumptum traditur in *L. post aditam, C. de imp. & al. sub.* his verbis: *post aditam hereditatem directa substitutiones non impuberibus filiis facta expirare solent*. Directa substitutio non impuberibus filiis facta, uno verbo est substitutio vulgaris; nec superior circuitio aliud significat. Quod ex remotione aliorum generum intelligitur. Nam temporibus Diocletiani, & Maximiani, quorum est supe-

5) Et tollere suitatem. Quæ communis opinio nude attestante Massin. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 39. & Trentacinq. *Par.* 1. *C.* 4. *n.* 5. *qui d. Par.* 1. *C.* 14. latissime de hoc differit ut & Dauth. *ad L.* 1. *h. t. n.* 197. *& seqq.* Sed haud dubie falsa Coras. 1. *Misc.* 2. Govean. *ad Rubr. D. h. t. n.* 38. Gomez. 1. *Var. resol.* 3. *n.* 15. A. Fab. 32. *de Err. Prag.* 6. Gabr. Degast. *ad L.* 5. *C. h. t.* In subsidium institutionis inventa substitutio *L.* 36. *pr. h. t.* non in ruinam. Et tolleretur ius sui non sine detrimento filii ob commoda, quæ illi cohærent. Immo tantum abest ut pupillaris substitutio, quæ tamen vulgarem continet, adimat suitatem, ut potius nonnunquam tribuat. Per eam enim fit frater fratri suus heres *L.* 10. *§.* 1. *h. t.* Mediam quamdam, sed improbabilem opinionem habet Vacon 2. *Decl.* 50. *n.* 10. *&* 12. vid. & Bas. 3. *Paradox.* 12. *&* 2. *seqq.*

6) *L.* 85. *de her. inst. L.* 7. *pr. de acq. hered.* vid. Trentacinq. *de Substitut. Par.* 1. *C.* 16. *& seq.*

superius illud rescriptum, atque adeo posterioribus etiam temporibus ante Iustinianum, directæ substitutiones iure communi cognitæ duæ tantum fuerunt, ut supra diximus, vulgaris, & pupillaris, quæ fit filiis impuberibus. Quapropter impuberum, seu pupillari substitutione remota, ut illic removetur, sola ex directis relinquitur vulgaris, quæ intelligatur. Hæc post aditam hereditatem exspirat. Quod sic accipiendum est, post aditam a primo, cui substitutus erat datus. Exspirat autem, ut dixi, quia hoc modo substitutionis conditio deficit. Sic enim primus fit heres: conditio autem substitutionis hæc erat, si ille heres non esset.

XIII. Removentur illic substitutiones non directæ, idest, fideicommissariæ; quia hæ, adita hereditate ab instituto herede, qui hereditatem restituere rogatus est, non modo non exspirant, sed tum maxime confirmantur. Restituere enim hereditatem heres debet. §. *sed si recusabat*, *Inst. de fid. her.* sic autem potest restituere, si prius habere cœperit, quam restituat. Acquirit vero adeundo, repudiando amittit. *d §. item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* Quinetiam intercidit fideicommissum, nisi heres institutus adierit hereditatem; qua de caussa etiam si recusat, adire cogitur ex senatusconsulto. §. *sed quia heredes*, §. *sed si recusabat*, *Inst. de fid. her.*

XIV. Removentur item substitutiones impuberibus factæ: quia hæ aperte concipiuntur in hunc casum, si impubes heres exstiterit: ut non aliter exitum habeant, quam impubere herede exsistente, si quidem prius institutus fuerit. Ita fit hoc proprium vulgaris substitutionis, ut non solum, post aditam a primo hereditatem exspiret, sed etiam sola, propter conditionem huius substitutionis propriam.

XV. Solam ita exspirare convenit. Sed an semper aditione exspiret, quæsitum est, propter eos heredes, qui adire quidem possunt, & adeundo acquirunt hereditatem: ipsi tamen heredes non fiunt. Quod accidit in filiisfamilias, & servis heredibus institutis, qui iussu eorum, quorum sunt in potestate, recte adeunt, & acquirunt hereditatem; sed acquirunt iubentibus patribus, aut dominis, non sibi. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L. placet*, *D. de acq. her.* ut proinde non ipsi sint heredes, sed patres, dominive. Sed nos ad servos orationem conferamus, ut & veteres in hac specie fecerunt: idem intellecturi & de 7 filiisfamilias, quatenus instituti patribus acquirunt. Finge ergo, institutum esse heredem alienum servum: huic substitutum Sempronium, *si servus heres non esset*: deinde servum iussu domini hereditatem adire. Ad utrum hereditas pertinere debet, ad dominum servi, an ad substitutum? Alio trahit superior sententia; alio conditio substitutionis. Hereditas in proposito ab instituto herede recte adita est. Superior definitio facit, ut, adita hereditate, substitutio evanescat. At rursum quantumvis hereditas hic sit adita; tamen institutus non est heres: quod si fit, exsistit conditio substitutionis; unde & substituto fit locus. Non enim hæc erat conditio, *si institutus hereditatem non adiret*, sed *si heres non esset*: id quod evenit. Et placuit veteribus, etiam in persona servi heredis instituti, cui substitutus datus sit, locum esse superiori definitioni, ut, hereditate ab eo iussu domini adita, exspiret substitutio. *L. si paterfamilias*, 40. *D. de her. inst.* Sed obstant verba conditionis. Verum est enim servum heredem non exstitisse. Hoc veteres ita expediunt: non exstitisse quidem illum heredem secundum verba: vere enim non exstitit, quod verba significant: sed exstitisse ex sententia testatoris: id est ita, ut testator accepit conditionem. In persona enim servi instituti, quem testator servum sciat, his verbis, *si heres non erit*, hoc dixisse, & sensisse intelligi, si neque ipse, mutata conditione, heres erit, neque eadem conditione manente, alium heredem fecerit. *d. L. si paterfamilias*, *de her. inst.* §. *ult. Inst. de vulg.* Quod quidem ex institutione planum fit. Nam cum testator ita servum heredem instituit, *Stichus mihi heres esto*, aperte intelligitur, hoc sentire, sit heres, quomodo per ius licet: id est ita, ut adeundo hereditatem acquirat domino, vel mutata conditione sibi. Id enim fert iuris ratio. Alioqui, servo herede instituto, quatenus servus est, inutilis sit institutio: quod secus est, *L. non minus*, *D. de her. inst.* Quare cum adiecit testator, *si Stichus heres non erit*, eodem modo heredem nominasse intelligitur, ut diceret, *si neque ipse heres erit*, *neque alium heredem fecerit*, ut prius heredem esse voluerat.

XVI. Sed hoc, inquam, ita placuit in servo iussu domini hereditatem adeunte, si testator scivit servum esse. Diversum, si putavit patremfamilias, cum servus esset,

7) *L. 7. pr. de acq. her.* Idque ex verisimili testatoris mente, licet patris nullam facit mentionem Duar. *h. t. C. 10.*

ſet. In hoc viſum non eſt, defeciſſe conditionem ſubſtitutionis, quamvis iuſſu domini hereditatem adierit: ſive rem, & verba ſpectemus, ſive teſtatoris ſententiam. Nam ut eſt in *d. L. ſi paterfamilias de her. inſt. §. ult. Inſt. de vulg.* qui eum, quem liberum putat eſſe, heredem ſcripſit; hoc ſermone, *si heres non erit*, nihil aliud intelligitur ſignificare, quam ſi hereditatem vel ſibi non acquiſierit liber manens, vel, mutata conditione, alium heredem non feeerit. Quod quidem in hoc ſervo, quem teſtator liberum, putat, non tantum reipſa, & ex verbis, ſed etiam ex ſententia teſtatoris accidit, quantumvis iuſſu domini adeat hereditatem. Nam re ipſa, eum nequaquam heredem fieri iam diximus. Ut autem eſt ſuperior ſententia teſtatoris, ne ſic quidem acquirere poteſt hereditatem, ut teſtator ſenſit. Non enim poteſt acquirere primum ſibi, deinde, mutata conditione, alii; cum id ad liberos tantum pertineat; hic autem ſit ſervus, qui ſtatim acquirere poteſt alii, non ſibi. Ita effici videbatur in hoc errore teſtatoris, ut, tanquam conditione ſubſtitutionis exſiſtente, admitteretur ſubſtitutus, excluſo domino ſervi. Sed etſi in eo errore hic eſt ſenſus teſtatoris, quem diximus; tamen rurſum incertum eſt, ſi heredem inſtitutum ſervum eſſe ſciſſet, num vellet eum hereditatem domino acquirere, & excludi ſubſtitutum. Nam qui pateretur inſtitutum pro herede haberi, ſi mutata conditione, alium heredem faceret: cur non patiatur etiam nunc eum haberi pro herede, quamvis ſtatim alium heredem faciat? Quæ interpretatio rurſum alio revocat, & domino ſervi hereditatem adiicit excluſo ſubſtituto. Utrum igitur probamus? Et si de voluntate teſtatoris conſtaret, non dubium, quin hereditatem totam uni ex his adiudicare deberemus. Alterutrum enim ſenſit teſtator: aut ſubſtitutum ita admittendum, ſi ſervus heres inſtitutus quoquomodo aliquem heredem ſtatim non faceret, vel ſe, vel alium: aut ita, ſi ſervus heres non fieret. Si prius ſenſit teſtator, dominus admittitur: ſi poſterius, ſubſtitutus. Sed quoniam incertum eſt, utrum horum teſtator ſenſerit, factum hic eſt, quod in rebus dubiis, & obſcuris ſolet, ut, quoniam hic aliquid facit pro domino ſervi, aliquid pro ſubſtituto: eligeretur media via, ut neque unus excluderetur in totum, neque rurſum in totum admitteretur; ſed admitterentur ambo ad hereditatem, quæ inter ipſos divideretur. *L. & hoc* 41. *D. de hered. inſtit. §. ultim. Inſt. de vulg.* Neque novum eſt in dubiis rebus, in quibus variæ rationes in contrarias ſententias rem diſtrahunt, mediam viam eligi: quod exempla horum locorum probant. *L. antiqui, in fin. D. si pars her. pet. §. ult. Inſt. quib. ex cau. ma. non licet. §. cum ex aliena. Inſt. de rer. di.* Dividi inter iſtos hereditatem ſimpliciter ſcriptum eſt in *d. L. & hoc. de her. inſt.* ſed hoc ipſo ſatis declaratur, dividi ex æquo. Cum enim vocantur aliqui ad hereditatem, nec adiiciuntur partes, æquales intelliguntur. *L.* 9. *§. heredes de hered. inſt.* Idemque valet, quod dicitur in *d. §. ult. Inſt. de vulg.* ſubſtitutum in hac ſpecie in partem admitti. Nam partis nomen, niſi quid aliud adiicitur, dimidiam ſignificat. *L. nomen, §.* 1. *D. de verb. ſignific.* & ita Theophilus quoque locum interpretatur. Et rogo in re dubia, & voluntate ex æquo ad utrumque pertinente, quæ aliæ partes inter iſtos inſtitui poſſunt, niſi æquales?

XVII. Legitur tamen alia Iuliani partitio in hac ſpecie in *d. L. si paterfamilias, de her. inſt.* Vult enim is duos ſemiſſes hic fieri, ex quibus unus tantum inter dominum inſtitui, & ſubſtitutum ex æquis portionibus dividatur. Sed recte reſponſum hoc eſt a Iuliano in ea ſpecie, cui hæc diviſio congruebat: cum ſcilicet & ſervus inſtitutus eſſet, & una alius coheres datus Sempronius; qui idem ſervo, ſi heres non eſſet, erat ſubſtitutus. Bene vero in hoc caſu reſpondetur, duos ſemiſſes fieri, ex quibus unus tantum inter dominum ſervi, & Sempronium dividatur: quia alter totus ad Sempronium coheredem iure inſtitutionis pertinet.

XVIII. At huic interpretationi refragatur lectio vulgaris, item Pandectarum Florentinarum. Quæ ita habet in *d. L. si paterfamilias*, ut proponatur tantum ſervus heres inſtitutus, Sempronius ſubſtitutus ſervo. Vitioſa vero hæc lectio eſt, & recte notata ab Alciato *Lib.* 1. *Diſpunc. Cap. II.* Is autem ſcribit, ſe in veteri [8] exemplari ita legiſſe, *eique si heres:*

8) Et Vacon. *6. Decl.* 85. ſe in antiquiſſimo manuſcripto hanc vocem deprehendiſſe. Et ita Duar. *h. t. C.* 10. *f.* 383. Govean. 1. *Var. lect.* 6. Dauth. *ad L.* 1. *h. t. n.* 90. Vaſq. *Lib.* 1. *de Succeſſ. progreſſu §.* 15. *n.* 16. Don. noſter *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 3. idemque *in d. L.* 40. ſubaudit Hot. *in d. §. ult. I. h. t.* Tribonianum incuſans quod Iuliani Reſponſum detruncaverit. Sed Sempronium in *d. L.* 40. non fuiſſe ſcriptum coheredem conſtat, inde quod dicitur ſervus adiiſſe hereditatem, totam ſcilicet & ex verbis *poteſt dici &c.* Cuiac. *in Not. d. §. ult. & 1. Obſ.* 21. pro *alter ſemis*, reponit *as*. Tribonianum deceptum aſſerens, qui cum invenerit AS, & forte inter eas litteras punctum inciderit, putavit eſſe notam. Quod placet Vult. *in d. §. ultim. num.* 2. quia id contextus exigat: Dixit enim ICt.

res non esset, Sempronium coheredem substituerit. Sempronius coheres si fuit, res est expedita. Efficit enim eam speciem, & divisionem, quam dixi. Et vero ita legendum est, non tantum ratione, & iure certo id postulante; sed etiam prope cogentibus verbis extremis eius responsi. Sic enim illic scribit Iulianus in extremo: *igitur in hoc casu duo semisses fient*. Cur addidit, *in hoc casu*: nisi ut significaret, se eum casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio; non idem autem esse in aliis casibus? Effectum est igitur, post aditam a primo herede hereditatem, cui substitutus quis erat, exspirare vulgarem substitutionem, sive liber institutus erit, sive servus. Et in servi quidem persona etiam in totum, si testator servum esse scivit. Sin putavit liberum, exspirare tantum in partem.

XIX. Quod tamen totum de adita hereditate sic accipiendum est, ut aditione exspiret substitutio, dum aditio duret. Diversum, si rescindatur. Rescissa perinde erit, quasi nulla intervenisset. Quamobrem nec repugnante superiore definitione 9 substituto locus erit. Id contingit in restitutione in integrum. Finge mino-

ICt. *semisses fient*: ex semissibus igitur ut partibus colligitur *as*, id est, totum, & Lex subsequens. 41. Sed Hotom. *d. loc.* neqoe A. fuisse notam pro alter, neque in re aperta credibile esse Tribonianum tam stupide acutum fuisse, ut repertam voculam AS, non retineret, vid. & Don. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 4. Sane ne teatui, & Florentinæ lectioni, cum vulgari consentienti, vis inferatur, caveri, si potest, oportet. Qood autem Vigl. tentat *in d. §. ult. l. h. n.* 6. verba *alter semis* eaponi posse; id est, nterque semis, qois Latinæ linguæ peritus admittet? Nec convenientior eapositio Connani 10. *Comm.* 7. *n.* 5. *alter semis dividitur*, id est cuiqoe eorum datur alter semis. Nam loci, quos, ceu similes, ex Tullio profert, plane dissimiles. Neque tamen illis accedo, qui verbis *d. L.* 40. religiose adhærere videri volentes, substituto quartam partem tribuunt. Non certe hæc media via, quam in dubiis inimus, si uni dodrans, alteri quadrans tribuitur. Medium enim est, quod æqualiter abest ab utroque extremo. Et unde hi demonstrabunt, alterum semissem integrum dari domino instituti. Certe dubium hoc relictum esset, nec ex *L.* 40. verbis liqueret utri semis ille alter adsignandus esset. Levis erit, quam proferam, coniectatiuncula: proferam tamen, quia animus in illis, quæ retuli, me conquiescere non patitur. Dico itaque versiculum extremum, quo alter semis dividi dicitur, non exaudiri debere de casu quem initio L. Iulianus tractat. Sed de eo, quo qui cum liber vere esset heres scriptus, in servitutem post redigitur. Ut autem quæ, & unde sit illa suspicio (alio non dignior nomine) constet, paucis *L.* 40. percurram, & quasi paraphrastice eaponam. Initio igitur usque ad vers. *admitti* proponitur species, eademque ibidem deciditur, (ut non necesse habuerit, nec debuerit etiam Iulianus initio definitam speciem in fine decidere,) Titius servus a testatore pro libero habitus ex asse heres scriptus. Ei substitutus Sempronius. Titius iussu domini adit, eique acquirit. Substitutus, se admitti postulat, aditionem nullam esse contendens eius, qui meris testamenti verbis innitens, voluntate testatoris destituatur, qui in statu, ac conditione personæ erraverit, ac proinde in persona ipsa cum servus alius homo in iure censeatur, & sic quasi substantia a libero differens *L.* 98. §. *ult. de sol.* Et quidem si aperte liqueret testatorem non aliter relicturum Titio hereditatem, quam si liber esset, exstaret conditio substitutionis, ut habetur *in L.* 3. C. *de her. inst.* Quia autem hoc dubium an si scisset, servum esse, scripturus eum fuisset, ut recte hoc noster Don. hic, & Baro ad §. *ult. l. h. t.* considerant, ideo Sempronius in partem admittitur scilicet dimidiam, non quartam, quod & nomen partis, & ratio mediæ viæ in dubiis ineundæ convincunt. Sequuntur duæ obiectiones contra substitutum. Priori occurritur in vers. *nam qui scit*. Obicies hæc. At verba, *Si heres non erit*, interpretamur sic, si nec ipse erit, nec alium fecerit. Hic autem Titius alium, dominum suum, heredem fecit. Deficit itaque conditio substitutionis. Respondeo Iuliani verba hæc esse quando testatur scit, servum esse eum, quem instituit, non quando ignorat. Nam quando scit, novit, aut nosse debet, non aliter, manente conditione, servum heredem fieri posse, quam ut domino acquirat. Qui igitur vult antecedens, &c. quæ in ignorante locum non habent, qui non potuit cogitare de acquirenda hereditate ei domino instituti, quem nullum esse putavit. Sequitur in vers. *at qui sum*, alia obiectio scilicet, si malis instantia contra solutionem prioris. At qui liberum esse putavit Titium, videtur, substituto ita locum fieri voluisse, si nec Titius sibi ipse acquirat, nec, mutata conditione, alium heredem fecerit. Respondeo, Iuliano in vers. *Qua adiectio, &c.* hæc nihil officere. imo argumentum retorquet ea verbis, *mutata conditione*. Hæc ita se habeant, esto, tamen hæc adiectio, *si alium heredem non fecerit mutata conditione*, non potest pertinere ad eum, qui ab initio, & semper servus fuit, quique conditionem non mutavit, sed ad eum, qui & habitus est, & vere fuit liber cum institueretur: postea sui venditione, aliove modo libertatem amisit. Nunquid igitur substitutus hic plane excludetur? Non, inquit Iulianus, sed *in hoc casu*, id est proxime relato, quo paterfamilias heres scriptus, ei substituto dato, postea in servitutem deductus, (non autem in superiori, qoo servus heres scriptus pro patrefamilias habitus. Is enim iam antea definitus erat, nec necesse decisionem repetere.) *semisses fient*, id est, si res sic temperanda, ut substitutus neque omnino nihil, neque etiam tantum quantum priore illo casu, sed dimidium eius, id est quadrantem hereditatis consequatur. At unde hæc dissimilitudo, dices. Non enim magis hic testator cogitavit de bonis suis perveniendis ad dominum heredis futurum. Ratio hic Iuliano forte notior, quam nobis *L.* 20. *de LL.* Inquiramus tamen. Qui putat esse liberum heredem scriptum, qui vere est, scire debuit venire posse, ut in servitutem redigatur. Quare quia in eum casum non aperte cavit, quid, si id contigerit, servari velit, censetur hæc eius fuisse intentio, ut vel ipsum bona habere voluerit, manente conditione, vel, mutata ea, dominum eiusdem. Quia igitur in posteriore hoc casu eædem rationes contra substitutum, & aliæ præterea, nec tamen omnimodo certum, hanc fuisse ipsius mentem, ut, si scisset, eum in servilem conditionem redactum iri, institutus fuerit: maxime cum huiusmodi tristes, & acerbi casus expectandi non sint *L.* 83. §. 5. *de V. O.* sectatur Iulianus hic medium medii, ut non dimidiam, ceu priore casu, sed quartam hereditatis habeat substitutus. Et certe non video, qui alius sensus vers. *qua adiectio d. L.* 40. affingi possit, & quomodo omnino is adplicari queat, ut non sit a proposito maxime alienus, imo repugnans. Taceo quod vocula, *igitur* arguat decisionem Iuliani ex præcedentibus inferri. Nisi autem sic interpreteris, nihil videtur in prioribus, quod pro substituto faceret. Sic autem commode infertur. Quia hæc adiectio, si mutata conditione, alium heredem non fecerit, pertinet ad eos, qui patresfamilias heredes scripti, postea servi effecti, non autem ad eos, qui tempore institutionis servi. Igitur in hoc casu, quo plures rationes contra substitutum, plus domino, minus substituto, quam in superiori tribuetur. Atque hæc mea suspicio est, a qua post hæc scripta comperi non longe abludere nuperam expositionem, Marci Lyclamæ a Nyehol. *Lib.* 5. *Membranar. eclog.* 15. Nam & is in vers. *qua adiectio*, transitum faciens ad alium casum scribit, & duos semisses fieri non in casu a principio deciso, neque in altero vers. *nam qui scit*, sed postremo, ratione tamen allata, quam minus convenire puto, quia cum tempore facti testamenti, cum instituto testamenti factio, respectu eius temporis semissem percipiat dominus; eumque mortis tempore, vel aditionis mutarit conditionem, ex æquitate substitutum in alterum semissem concurrere.

9) Consentit A. Fab. 3. Coniect. 4. quia contra testatoris voluntatem est, aditam hereditatem interpretari, quæ est pro non adita. Restitutio enim facit, ut perinde ac si non adiisset. Et licet heres maneat: tamen nudo nomine, de quo testator non sensit; verum de eo, qui sit cum effectu, &c. Sed dissentit Govean. 2. *Var. lect.* 13. & Duar.

minorem viginti quinque annis, cum testamento instituitus esset, eique, si heres non esset, substitutus datus, hereditatem adiisse, aut cum suus esset, se hereditati immiscuisse, quod pro aditione valet, ut non possit se abstinere. *L. necessariis, D. de acq. her.* Si is postea impetret restitutionem, ut sibi repudiare, aut se abstinere ab hereditate liceat, res eo redit, quasi prius heres non exstitisset, & locus fit substituto. *L. ait, §. sed quod Papinianus, D. de mino.* Idem ergo multo magis probandum erit, si quis suus ipso iure heres exstiterit: deinde, beneficio prætoris usus, se abstinuerit hereditate, ut hæc potestas suis, & necessariis heredibus tribuitur. *d. L. necessariis, de acq. her.* Abstentione hoc consequitur filius iure prætorio, quod consequitur extraneus, etiam qui ab initio repudiavit. *L. pro herede, §. pen. D. de acq. her.*

XX. Ut primo herede exsistente, quod fit in exstraneis heredibus hereditate adita, exspirat substitutio: ita eo non exsistente conditio locum facit substitutioni. Hæc enim erat conditio, si primus heres non erit.

XXI. Intelligitur primus heres non exstitisse, non simulatque potuit existere adeundo, & non exstitit. Quandiu enim insitutus suo iure admitti potest, substituto non est locus. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.* sed tunc, cum certum esse cœpit, primum heredem esse non posse.

XXII. Id certum esse incipit, cum primus [10] vel heres esse noluit, vel casu non potuit. Sic enim explicatur huius substitutionis conditio in *L. cum proponas, C. de her. inst.*

XXIII. Non potest tunc, cum aut vivo testatore, aut post mortem eius ante quam hereditatem adiret, decedit, aut conditione, sub qua institutus erat, deficitur. *§. 1. Inst. quib. mod. test. inf.*

XXIV. Non vult heres esse extraneus repudiando: atque hoc modo sola voluntate hereditas illi amittitur. *§. pen. Inst. de her. qual. & diff.* & hinc locus substituto *L. 3. C. de imp. & al. subst.* Idem consequitur suus heres [11] abstinendo hereditate. *L. necessariis, D. de acq. her.* Unde & similiter substitutioni locus. *L. ait, §. sed quod Papinianus, de min. L. 2. §. interdum, D. de vulg.* Quidni? nam & idem futurum est in quovis extraneo herede, qui cum hereditatem adiisset, beneficio ætatis consecutus est, ut sibi repudiare eam liceret. *L. ex contractu, D. de re iud.*

XXV. Hoc loco quæsitum est, num idem probandum sit in filiofamilias herede instituto, cui substitutus datus erat, si forte recuset filius adire hereditatem iubente patre. Nam & posse filium id facere, intelligimus exemplo servi heredis instituti, cui etiam licet, iubente domino, non adire: *d L. cum proponas, C. de her. inst.* & licere filio hereditatem ita recusare, ut in posterum non teneatur oneribus hereditariis, diserte cautum est a Iustiniano in *L. ult. §. 1. C. de bo. quæ lib.* Quod si ita est, illo recusante, & re-

Duar. *ad h. t. C.* 10. putans, tum demum, rescissa sic aditione, locum esse substituto, si & non solvendo hereditas, & necessarius servus institutus. Vid. & Fachin. 4. *Contr.* 73. & Trentacinq. *Par.* 1. C. 18. Est & alia exceptio, nisi qui adiit, per contumaciam patere renuat iussu testatoris. Tunc enim ei adimitur hereditas, & pervenit ad substitutum *Novell.* 1. *Cap.* 1. §. 2. Duar. *d. Cap.* 10. *f.* 384. Sed id non tam iure substitutionis, quam Iustinianeæ constitutionis beneficio Cuiac. *in d. Nov.* 1. Quid si hereditas instituto auferatur ut indigno, num fiscus, an substitutus potior? Respondeo Fiscus *L. 15. pr. de Senatusconf. Sillan.* Quod tamen Duaren. *d. Cap.* 10. *f.* 379. accipit quando institutus iam adiit, & per aditionem substitutum exclusit. Ratio hoc suadet. Nam, si non vult adire institutus, forte quia non tanti putat hereditatem, ut eius caussa se liti implicet, non est pœna dignus. Nam qui adiit, iurare debet, se ulturum necem defuncti, &c. vid. & P. Gregor. 42. *Synt.* 14. *num.* 2. Duaren. *h.* 1. *Cap.* 10. *f.* 379. Trentacinq. *de Substitut. Par.* 1. *Cap.* 8. rationibus utrinque relatis, sic distinguit *n.* 7. *&* 8. Aut indignus etiam incapax est. Et substitutus præfertur, quia exstitit conditio. *Si heres non erit.* Non enim potest heres esse (sed hic casus nihil dubii habet, & non convenit quæstioni) aut capax. Et si adiit, quia exspiravit substitutio, fiscus potior *d. Leg. 15. ad SC. Syllan.* Si vero nondum adiit, conditio exsistit, nam non vult heres esse, & substituto locus. Nec censetur repudiasse in fraudem fisci per *Tex. Leg. 26. D. de iure fisci*. Quod tamen in casu, quo repudiatione fraus fisco fieri potest, non admittendum putarem per *L. 45. pr. de I. fisci.* Nam in *d. L.* 26. casus est specialis, pro vero scriptum est. Et ratio, quia patet, invito filio, si is noluisset adire, non quæsivisset hereditatem, (tempore Ulpiani *ante L. ultim. Cod. de bon. quæ lib.*) Non autem verosimile est, aditurum filium, ut patri acquirat hereditatem, quam retenturus non sit, ut recte Gilb. *Reg. I. Enant.* 14. licet aliter, & intricate Cuiac. 8. *Observ.* 9. aliter Pac. 7. *Quæst.* 75.

10) Comprehendit Vulgaris casum deficientis voluntatis, & potestatis: seu ut loquuntur, impotentiæ, & voluntatis Massin. *ad L. 3. Cod. h. tit. num.* 21. Trentacinq. *Par.* 1. *Cap.* 1. *n.* 21. *& seqq.* ubi quærit, an facta in unum casum *si noluerit*, extendatur in eum, *si non potuerit*, quod affirmat *n.* 3. post Connan. 10. *Comm.* 7. *n.* 3. cui coheredem habeat is, cui substitutus datus: vid. & Ioan. Dauth. *ad L.* 1. *hoc. tit. n.* 62 *& seqq.* & Gomez. 1. *Var. resol.* 3. *n.* 10. *ubi in annot. Soarez.* lit. F.

11) Consentit. Cuiac. 12. *Observ.* 20. Dauth. *ad L.* 1. *hoc. tit. n.* 34. A. Faber. 3. *Conject.* 4. Quanquam hic non tam sustinetur substitutio, quæ sui exsistentia exstincta, quam convalescit: non ipso iure, sed datis utilibus actionibus *d. L.* 2. §. 3. *h.* Nec obstat quod abstentione heres esse non desinit. Nam & qui aditione heres effectus, semper manet, & tamen, ea rescissa, vocatur substitutus. Dissentit Duaren. *hoc tit. Cap.* 10. non aliter substitutum admittens, quam si bona non solvendo. Et de huiusmodi specie intelligit *d. L.* 44. Nam inquit, si hereditas solvendo, boni tutoris non fuit, pupillum abstinere. Vid. & Connan. 10. *Comm.* 7. *n.* 7. *&* 8.

conditione, si instituti heredes erunt. *Inst. de pup. sub.* Unde satis intelligitur patrem, ne tum quidem substituere bonis suis, cum substituat in eum casum, quo bona iam esse cœperint impuberis. Est igitur hoc quidem certum, in substitutione pupillari hoc permitti parenti, ut heredem faciat impuberi, qui succedat in bona impuberis non secus, quam si ab ipso impubere, & eius testamento recte esset institutus.

VI. Sed an hoc ipsum sit testamentum facere impuberi, dubitari potest. Hoc vero recte ita dicitur, planeque eam significationem habet, quam dixi. Nam si testamentum non alia re stat, quam heredis institutione, & idem sola hac perficitur: *§. ante. Inst. de leg. L. 1. §. qui neque, D. de her. inst.* necesse est, testamentum videri eius, cui heres in eo instituitur. At in substitutione pupillari heres pupillo instituitur, non patri. Quare hæc ipsa institutio, seu substitutio est, & recte dicitur testamentum impuberis: & qui hanc facit, recte dicitur testamentum impuberi facere. Unde in usu iuris hæ appellationes natæ, ut substitutio pupillaris passim dicatur *testamentum impuberis*, *tabulæ pupillares*, & quia secundo loco fit, *secundæ tabulæ*. *L. 2. §. quisquis, §. interdum, L. sed si plures, §. si ex asse, L. si filius*, & passim. *D. de vulg.*

VII. Illud in arrogato impubere [1] solum conceditur patri arrogatori, ut possit substituere heredem bonis impuberis iis, quæ aut arrogator ei dedit, aut ex bonis eius profecta sunt, aut profecta aliunde beneficio, & contemplatione arrogatoris; dum, puta, arrogatoris amicus, aut cognatus ei aliquid reliquit. Iis autem bonis substituere non licet, quæ haberet impubes, si arrogatus non esset. *L. sed si plures, §. in arrogato, D. de vulg.* Quippe hac conditione fit arrogatio, ut caveat arrogator, se, si impubes decesserit, restituturum ea, quæ ex bonis impuberis consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si arrogatus permansisset in suo statu. *L. non aliter*, & *2. seqq. D. de adop.*

VIII. Quidquid autem hic permittitur parenti, permittitur certis conditionibus; quæ & ipsæ spectandæ sunt. Earum quædam positæ sunt in persona liberorum, quibus fit substitutio; quædam in conditione huius substitutionis propria; quædam in solemnibus externis.

IX. Personæ certæ, quibus licet hoc modo substituere. De quibus ita ius est, posse parentes testamentum facere, seu heredem substituere ita, uti supra scriptum est, liberis quidem, sed liberis impuberibus, quos in potestate habent, qui iidem, mortuo testatore, sui iuris futuri sunt, nec in alterius potestatem recasuri. Summa propemodum comprehensa in *L. 2. in princ. D. de vulg.* Valet hæc circumscriptio personarum duas ad res. Unam, ut si hæc concurrent, nihil requiratur ad potestatem substituendi liberis. Alteram e converso, ut si quid desit, nulla fit substitutio. Primum sciamus tantum hæc esse, quæ desiderentur in personis liberorum; ac si concurrent, tantum licere patri, quantum verba aut concedant, aut non denegent. Ideo quid concedant, considerandum. Atque hinc sunt illa. Permittitur generaliter substituere liberis. Liberis ergo sine discrimine sexus. Proinde hoc verbo & masculo, & fœminæ substituere licebit. *§. penul. Inst. de pup. subst. dict. L. 2. de vulg.* Liberis sine discrimine nascendi. Licebit igitur & postumis, ac non tantum iam natis eodem modo substituere. *§. quæcumque, Inst. de pup.* dict. *L. 2. in princ.* Liberis item sine discrimine gradus. Unde intelligimus non tantum filiis hoc modo substituere licere, sed & nepotibus, & deinceps reliquis descendentibus impuberibus. *L. 2. in prin. D. de vulg.* omnes enim hi liberorum appellatione continentur. *L. liberorum, D. de verbor. signific.* Postremo si iure civili liberi fiunt adoptione, ut fiunt, *L. 1. D. de adop.* etiam hoc verbo intelligimus, & arrogato impuberi, & ei, qui a parente naturali adoptatus est, eodem modo substituendi ius esse. *L. sed si plures, §. in arrogato, D. de vulg.*

X. Sed & illud observandum, quod permittitur simpliciter substituere liberis, nec adiicitur institutis. Hoc eo pertinet, ut intelligatur, licere hoc modo substituere liberis, non tantum institutis, sed etiam [2] exheredatis. Et quidem exheredatis etiam substituere licere ius certum est. *L. 1. §. 1. L. sed si plures, §. ad substitutos, D. de vulg. §. non solum, Inst. de pup.* sed cuius ratio non item sit expedita.

[1] Cur sic vocentur vid. not. Goth. *ad L. 11. D. Testam. quemad. aper.* quæ sunt ex Briss. 3. *Antiq.* 12.

[2] Testamentum hoc quomodo unum, & non unum vid. Trentacinq. *Par. 2. C. 3. n. 3.* Vacon. 4. *Decl.* 63. *n.* 7. Unum esse si respicimus caussam efficientem, & formam; duo, si materiam, quia duæ sunt hereditates, & finem.

etsi inst. de vulg. L. 1. C. de imp. L. 5. L. si pater, 9. L. si plures, 24. D. de vulg. L. quoties, D. ad Treb. Res declaratur apposito exemplo in *d. L. si plures, de vulg.* Adiicitur in *d. L. 5. de vulg.* ita quemque pro qua parte heres exstitisset, pro ea parte in portione quoque deficientis vocari; ut, nihil intersit, iure institutionis quisque ex maiore parte heres factus esset, an per legem alteram partem alicuius vindicasset. Ubi *lex altera*, accipienda est lex de iure accrescendi; qua fit, ut qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium coheredum partes etiam invitus accipiat. *L. qui ex duabus, §. 1. D. de acquir. her.* & quidem solus, si quibusdam coniunctim, aliis separatim institutis in eamdem partem cum deficiente coniunctus fuerit. *L. unica, §. sin vero quidem, C. de cad. tol.* Quo significatur, in hac distributione partium, heredem institutum ex ea parte heredem factum videri, non solum quam habeat iure institutionis, sed etiam quam habeat iure accrescendi, ut eamdem quoque ex substitutione accipere debeat.

XXXIV. Sic tamen in substitutis ius superius est de disparibus partibus, si sub appellatione heredum substituti sint, ut diceret testator *eosque invicem substituo.* vel *si Titius heres non erit, coheredes eius heredes sunto*; vel *quisquis mihi heres erit, is in parte Titii deficientis mihi heres esto.* d. L. 5. si pater, *de vulg.* Quod si nominibus propriis expressi quidam substituti sint, placet personarum enumerationem hunc effectum habere, ut, [15] viriles quoque partes inter eos factæ videantur. *arg. in L. nonnunquam, D. ad Treb. L. si heredes, 124. D. de leg. 1.*

15) Vid. Duaren. *hoc tit. Cap. 25. §. ultim.* Conf. *ad L. 1, Cod. hoc tit. n. 7. & seqq.* Vult. *in §. etsi 2. Inst. hoc tit. n. 2.* Massin, *in Leg. 1. Cod. hoc. n. 95. & seqq.*

CAP. XXV.

De pupillari substitutione. Primum hic quæstionem esse de substituendi hoc modo potestate. De hac potestate summam iuris esse hanc: permissam esse hanc substitutionem solum parentibus, & id certis cautionibus. Cautiones positas partim in persona liberorum, quibus fit substitutio; partim in conditione huius substitutionis propria; partim in solemnibus externis. Ius quod sit de singulis. Ex his nomina nata huius institutionis: ut diceretur substitutio, & ea pupillaris; testamentum pupilli: tabulæ pupillares; secundæ tabulæ; hac substitutione posita duo hic haberi testamenta, paternum & pupillare; & rursum pro commodo substitutionis unum testamentum patris, cuius pars, & sequela sit pupillare; inde dictum id paternum duplex: & quam hæc rationem habeant.

Eadem in pupillari substitutione ac in vulgari, omnique institutione spectanda: potestas substituendi; substituentis voluntas. I.
Potestas quid faciat. II.
Quid voluntas. III.
In potestate duo spectanda: quid ius quibus concedat; & quibus conditionibus. IV.
Concedi parentibus heredem liberis impuberibus dare. V.
Utrum hoc sit testamentum impuberi facere. VI.
Quid in hac re Arrogatori permissum. VII.
Conditionum quædam in persona liberorum positæ; quædam in conditione propria huius substitutionis; quædam in solemnibus externis. VIII.
In persona liberorum hæc: ut sint impuberes; in potestate patris; postve eius mortem sui iuris futuri. Liberi quinam. IX.
Permitti parentibus substituere liberis tam institutis, quam exheredatis. X.
Non tamen matri, nec patri filio emancipato, aut puberi quamvis in potestate. Extraneo heredi substitui non posse in secundum casum, præter quam a milite ex privilegio. XI.
Ut substitutio valeat impuberis, esse debere in potestate parentis tempore testamenti conditi, & mortis patris. XII.

Inter-

ta. Nam & hoc item ius non minus certum, quam æquum est, ab eo, cui nihil dedimus, nihil legari aut relinqui posse. *L. 6. D. de legat.* 3. *L. ab eo, C. de fid.* quanto minus licere debet ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura erat, adimimus? *L. in suis, D. de lib. & post.* Et vero multo minus ab eo licet. Usque adeo, ut nec liceat ab exheredati substituto, tametsi huic substituto ex substitutione pupilli hereditatem dedimus. *L. cum quidam, C. de leg.* Sed aliud est ab exheredato legare, aut quid relinquere; aliud ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adiiciatur, ut est legati definitio in *L. legatum, in princ. D. de legat.* 1. Qui substituit impuberi exheredato, ei adicit. Dat enim ei heredem, quæ, ut re dissimilia sunt, ita utilitate, & effectu aperte distinguuntur. Nam legari ab aliquo, est ei, a quo relinquitur, inutile, vel potius damnosum. Heredem dare exheredato impuberi 3 utile, ut habeat sibi, & personæ suæ idoneum successorem. Unde dictum est, eos qui impugnant substitutionem pupillarem, impugnare utilitatem impuberis. *L. Iulianus, D. de acq. her.* Atque hæc ex eo, quod aut continentur illa superiore circumscriptione, aut non denegantur.

XI. Sed, ut si concurrant superiora, nihil requirimus amplius: ita si quid eorum desit, frustra est substitutio. Conceditur hoc genere substitutionis substituere liberis. Hoc valet extraneo heredi ita substituere non licere, si heres erit, & intra certum tempus decesserit. *§. ultim. Inst. de pupil.* præterquam si miles ita substituet: cui licet ex privilegio militum. *L. centurio, D. de vulg.* Conceditur substituere liberis impuberibus. Hoc eam vim habet, ut non liceat filio puberi, quantumvis in potestate constituto. *dict. §. ultim. Inst. de pup.* Utrumque ideo, quod impubes quamvis sui iuris, testamentum facere non potest. *§. præterea, Inst. quib. non est per. fac. testamen.* puberes possunt. *L. qua ætate. D. qui testam. fac. pos.* Recte comparatum est, ut qui liberi, per ætatem sibi testamentum facere non possunt, iis parentes faciant. *Inst. de pup. subst. in princ.* Qui autem possunt, iniquum est iis 4 testamenti factionem auferri, alio herede, quem nolint, his dato. *L. ex facto.* 1. *resp. D. de vulg. & pup.* Licet substituere impuberibus, quos parens in potestate habet. Et hoc eo pertinet, ut neque 5 mater, hoc modo substituere possit filio impuberi, nec pater 6 emancipato; quoniam hi non sunt in superiorum potestate. *L.* 2. *in princ. de vulg.* sunt tamen hi pariter ea ætate, ut sibi testamentum facere non possint. Cur igitur minus concedatur patri, aut matri eodem modo illis substituere, ut pariter illis consulatur? quia in substitutione, ut diximus, substituit parens alienis bonis, non suis. Solius autem patriæ potestatis hoc est, ut possit quis statuere de alienis bonis: nempe eiusdem, qui & statuere potest de vita. Quorum posterius cum tributum esset olim parentibus in liberos, quos in potestate habent: haud mirum, si & tribueretur posterius. *L. in suis. in fin. D. de lib. & post. L. ultim. C. de pat. pot.*

XII. Hic notandum, duobus temporibus impuberes esse debere in potestate parentis, ut substitutio pupillaris valeat: quo pater moritur, & altero quodam. Sic enim verba sunt Papiniani in *L. coheredi, §. cum filiæ, D. de vulg.* si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita. Quibus verbis aperte significat, aliud esse tempus, quo oporteat impuberes esse in parentis familia: de quo, quia non dubitetur, ideo nihil exprimat: sed tamen ita istud quoque aliud accedere debere, ut nisi eo quoque tempore impubes sit in potestate, substitutio fit irrita. Illud alterum tempus non aliud intelligere possumus, aut debemus, quam id, quo fit substitutio. Ut significetur soli ei substitui posse, quem pater in potestate habet, cum substi-

3) Ratione; alias arrogator substituendo possit se liberare obligatione de restituendis bonis arrogati cognatis proximis *L.* 18. *& seq. de adop.* & ita in potestate debitoris sit, utrum debere velit. Neque sic arrogatus pro parte sola est restitutus, sed substitutus ei in solidum heres fit. Bona autem, quæ eius fuerunt cum arrogaretur, restituit pristinis eius agnatis, tanquam æs alienum. Fit enim restitutio potestate obligationis, non iure successionis. Nam qui successissent arrogato, nisi arrogatio facta esset, tunc non succedunt, etsi intestatus sit, nec ei datus substitutus, quia non amplius sunt agnati, sed habent actionem ex stipulatu. Acute A. Fab. 1. *Iurispr.* 10. *Princ.* 1. *ill.* 14. vid. & Duar. *h. t. C.* 15. *f.* 397.

4) Vid. Duar. *h. t. C.* 7. Govean. *ad L.* 2. *§.* 5. *h. t. n.* 23. *& seq.* Vasq. 3. *ill. Contr.* 106. *n.* 9. *& seqq.* Coras. *ad L.* 7. *C. h. n.* 3. Forst. 1. *de Success. ab intest.* 19. Vult. *in pr. l. h. n.* 9.

5) Hæc substitutio, favor & provisio filii, non onus, & gravamen. P. Greg. 42. *Synt.* 22. *n.* 27. Gail. 2. *Obs.* 137. *n.* 15. Nam & filio in legitima, quæ onere nullo gravanda, substitui potest. Claud. Battand. *Tract.* 1. *Legitima C.* 10. *n.* 6.

6) Quid igitur si statuto vetentur testari puberes minores, cuiusmodi statutum valere vult. Vasq. *de Success. lib.* 1. *§.* 1. *n.* 18. Putarem vi ipsa, & eis ut substituere possit, patri permitti, cum Govean. *ad L.* 2. *§.* 5. *h. t. n.* 9. dissentiat licet Gomez. 1. *Var. resol.* 4. *nu.* 5. & Trentacinq. *Par.* 2. *C.* 8.

ſtituit. Idque verba iuris de hac ſubſtitutione conſtituti evidenter declarant. Dicitur enim, parentes teſtamentum facere poſſe, ſeu ſubſtituere in ſecundum caſum poſſe liberis impuberibus, quos in poteſtate habent: quos habent, inquam, verbis in tempus præſens ſubſtitutionis collatis, non autem quos habebunt. Sic ſunt verba iuris in *L.* 2. *de vulg. Inſt. de pup. in princ.* Et certe ſi quo tempore exigitur, ut ſit poteſtas inſtituendi heredem ſubſtituendive, exigitur quidem eo tempore, quo teſtator moritur, ut effectum habeat inſtitutio: ſed exigitur præcipue tempore teſtamenti facti, ut inſtitutio conſtiterit ab initio. *L. ſi alienum*, §. 1. *D. de her. inſt.* §. *in extraneis*, *Inſt. de her. qual.*

XIII. Diſſentiunt tamen in hac re vulgo interpretes, moventurque verbis *L.* 2. *in princ. D. de vulg.* ſunt autem hæc: *ſed & ſi extraneum quis impuberem heredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere, ſi modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit filio præcedente.* Hæc ſic interpretantur, ſi eum adoptaverit vel arrogaverit poſtea. Quaſi non ita interpretari liceat verbis æque permittentibus, ſi 7 ante, quam ſubſtitueret, adoptaverit vel arrogaverit. Quorum utrumque cum verbis conveniat; ex iure ſumi oportuit, utrum intelligeremus, ut admonemur in *L.* 6. *D. de ſolut.* In ambigua enim voce, & oratione legis ea interpretatio capienda eſt, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Ea autem ſine vitio, quam ius recipit. Quod cum ex duabus ſuperioribus ſolam poſteriorem ius admittat, efficitur hanc ſolam capi debuiſſe.

XIV. Poſtremo permittitur ſubſtituere liberis impuberibus, qui, mortuo parente, in poteſtatem recaſuri non ſint. *dict. L.* 2. *in princ. de vulg.* Dictum hoc eſt propter nepotes, & pronepotes, quibus hoc genere ſubſtitutionis ſubſtitui poſſe diximus. Hoc, inquam, ſic poteſt, ſi nepotes mortuo avo in patris ſui poteſtatem recaſuri non ſint. Quod fit, ſi, moriente avo, aut patrem non habeant, aut is ſit emancipatus; alioqui contra. *Inſt. quib. mod. ius pat. pot. ſol. in princ.*

Cur ergo nepotibus impuberibus, qui in patris ſui poteſtatem recaſuri ſint, ſubſtituere avo non licet; cum cauſſæ huius ſubſtitutionis videantur concurrere, & quod impubes ſibi teſtamentum facere non poteſt, & quod eſt in poteſtate avi? Hoc ideo, quia hoc etiam amplius exigitur ad hanc ſubſtitutionem, ut is cui ſubſtituitur, bona habeat, & in his ex teſtamento heredem: quoniam ſubſtituitur bonis impuberis. Filius autem familias heredem ex teſtamento habere non poteſt; qui etiam ſi ſit pubes, non poteſt ne de adventitiis quidem, quæ patris non acquiruntur, teſtamentum facere. *L. pen.* & *L. ultim. C. qui teſt. fac. non poſ.* Unde intelligitur, totam hanc teſtamenti faciendi de bonis filiiſamilias poteſtatem eſſe patris, qui filium in poteſtate habet, non alterius cuiuſquam etiamſi filium quandoque in poteſtate habuerit. Et perſonæ hæ ſunt, quibus in alterum caſum ſubſtitui poteſt.

XV. Conditio ſubſtitutionis propria hæc, ut liberis impuberibus inſtitutis ſubſtituatur hoc modo, *ſi impubes heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, ille heres eſto. Inſt. de pup. ſubſt. in prin.* exheredatis autem hoc modo, *ſi impubes intra pubertatem deceſſerit:* quoniam prior illa pars, *ſi heres non erit*, in exheredato locum habere non poteſt. §. *non ſolum*, Inſt. *de pup.* Declarat hæc conditio, item & quod dicitur, licere inſtituere impuberibus, non poſſe hoc modo ſubſtitui impuberibus, niſi uſque ad pubertatem: id eſt, maſculo uſque ad decimum quartum annum completum, fœminæ uſque ad duodecimum. §. *pen. Inſt. de pup.* eſt enim id tempus initium pubertatis in utroque ſexu lege definitum. *L. qua ætate*, *D. qui teſt. fac. poſ. L. ultim. C. quan. tut. vel cur. eſſe deſ. Inſt. quibus mod. tut. fin. in princ.* Quid ergo, ſi pater in hac ſubſtitutione pubertatem exceſſerit, ut diceret hoc modo: filius meus impubes heres eſto. Si heres erit, & intra viceſimum annum deceſſerit, Titius heres eſto: utrum valehit ſubſtitutio, an erit inutilis? Et placet, non eo minus ſubſtitutionem eſſe utilem uſque ad pubertatem; ne per id quod poſt pubertatem, adiicitur inutiliter, id quod ſit

7) Obſt. *L.* 33. *pr. h. t.* Reſp. Dicuntur illic pupillares tabulæ, quia forma earum non multum abeſt a conceptione huius ſubſtitutionis. Nam ſi intra pubertatem moriatur pupillus, exiſtit conditio. Vere autem non ſunt, neque ex matris mente, neque ex forma. Charond. 2. *Veriſim.* 13. Duar. *hoc. t.* C. 14. *f.* 338. eſſe eam cautionem excogitatam, qua mater fere tantundem obtinet, & dici pupillares, quia effectum habent ſimilem, & fere Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 8. Cuiac. 2. *ad African. in d. L.* 33. dici pupillares, quia fiat in caſum mortis impuberis filii, antequam in ſuam tutelam venerit. Vere autem eſſe vulgarem ſubſtitutionem, & mortuo filio intra pubertatem, admitti ſubſtitutum tantum in bona matris. Idque clare patere ſcribit Turam. *Epiſt. accadem.* 1. ex clauſula: *ſi ſibi heres non erit* Pupillares autem ſignificare tabulas inferiores, per translationem ſic dictas. Vid. & Vult. *in pr. l. h. t. n.* 5. P. Greg. 42. *Synt.* 22. *p.* 18. *& ſeqq.* Vaſq. *Lib.* 2. *de Succeſſ. progreſſu n.* 8. *& ſeqq.* Arumæ *ex Inſtit.* 8. *Th.* 54.

sit intra pubertatem utiliter, vitietur, contra quam placuit in his, in quibus inutile utili misceatur. *L. usuras, L. placuit, D. de usur. L.* 1. *§. penult. D. de verbor. oblig.* Sed valebit, inquam, substitutio usque ad pubertatem. Quod reliquum est, cum filius pubes esse coeperit, finietur substitutio pubertate. Post eam enim aetatem frustra fit substitutio. *L. in pupillari, L. verbis, D. de vulg. §. penult. Inst. de pup.* Hoc tamen ita, si substitutio facta sit ad eum modum, quem dixi, &, ut Papinianus loquitur, facta sit verbis civilibus, *si impubes intra tot annos decesserit, Titius heres esto.* d. L. verbis, *de vulg.* ubi civilia vocantur *directa*, quibus quis directo, seu recta vocatur ad hereditatem: id est, ita, ut iubeatur ipse esse heres, vel hereditatem ita capere, ut eam recta capiat a testatore, non ex restitutione alterius cuiusquam, qualia sunt superiora. Non civilia eadem, quae non directa, id est, fideicommissaria, & precaria. Civilia enim dici constat, quae iure civili recepta eo iure valent; ut obligationes, caussas, praestationes, & actiones civiles. §. 1. *Inst. de obl. §. sed istae. Inst. de act. L. in commodato, §. sicut. D. com.* In hereditatibus porro deferendis, & donationibus testamentariis sola verba directa, & imperativa, primo recepta sunt iure civili: nempe lege duodecim tabularum, quae iubebat, ita ratas esse supremas voluntates, si quis quid legasset. Legare autem veteribus est legis modo quid dare, id est, imperative: veluti, *ille heres esto: heres meus dato: Titius capito, sibi habeto, vindicato;* auctor Ulpianus in fragmentis Institutionum. *Tit. de leg. in princ.* Idcirco fideicommissaria non agnoscebantur. Et diu fuit tempus, cum verbis fideicommissi relicta nulla necessitate praestationis tenerentur. Tandem longo tempore post legem duodecim tabularum valere coeperunt temporibus Augusti, ut refertur *Inst. de fid. her. in princ.* Ex quo cum verba fideicommissaria primo dici coepissent non civilia, etiam his receptis mansit appellatio vetus, ut directa perpetuo dicerentur *civilia*; fideicommissaria, *non civilia*. Hoc ergo est, quod dicimus, post pubertatem frustra substitutionem fieri verbis directis iis, quibus supra usi sumus. Diversum est, si fiat substitutio verbis fideicommissi. Nam, quibusvis heredibus a nobis institutis, etiam puberibus, & extraneis, rogare possumus heredem, ut Titio hereditatem restituat. Et valet substitutio ex senatusconsulto. *§. ult. Inst. de pup. L. coheredi, §. cum filiae, D. de vulg. §. in primis, §. sed quia stipulationes, Instit. de fid. her.*

XVI. Amplius dicimus: etsi pater filio substituerit directo post pubertatem hoc modo, si filius intra vicesimum annum decesserit, Titius heres esto: post pubertatem quidem frustra esse substitutionem, ut directo valeat, & uti facta est; *dict. L. verbis, D. de vulg.* sed quae post id tempus iure directo non valet, valere ex caussa fideicommissi. Sic enim sententia est Scaevolae in *L. Scaevola, D. ad Treb.* quae substitutio iure inutilis sit, tamen benigna interpretatione ex caussa fideicommissi defendi. Et, ut sciamus, id in universum recte dici, non tantum specie Scaevolae proposita, sic veterum definitio est, quoties in verbis etiam directis, & alioqui iure inutilibus apparet, testatorem voluisse hereditatem suam, aut rem aliquam ad aliquem pervenire, toties ex voluntate testatoris fideicommissum admitti. *L. cum proponebatur*, 64. *D. de leg.* 2. *L. ex facto*, 17. *in pr. D. ad Treb.*

XVII. Quid, si pater intra minorem aetatem substitutionem incluserit, ut diceret, si filius meus intra octavum annum aetatis, aut decimum decesserit, Titius heres esto? Liberum hoc est patri, atque adeo in [8] singulas partes impuberis aetatis alios, atque alios heredes substituere. *L. qui plures liberos, L. ex facto, §. item quaero, D. de vulg.* Quod enim patri permittitur, ut possit filio substituere usque ad pubertatem, eo pertinet, ut possit, si velit: non etiam ut necesse habeat. *L.* 1. *C. quo. & quan. ind.* & qui potest omnino non substituere filio, potest substituere & in minorem aetatem, quam pubertatis.

XVIII. Solemne testamenti pupillaris unum hoc est, ut prius statuatur testamentum patris, quo substituitur impuberi. Hoc enim ante omnia constituendum est, quod est in *§. liberis, Inst. de pup.* substitutionem pupillarem esse parem, & sequelam paterni testamenti. Quod eam vim habet, ut si testamentum patris valet, satis sit vim pupillaris substitutionis, quae simul adiecta est. *L. patris, D. de vulg.* si non valet, nec consistant tabulae pupillares.

8) Est tamen cautio, per quam tantundem pater consequitur in *L.* 39. *hoc. tit.* Duan. *hoc. tit. C.* 14.

XIX. Hæc res facit, ut [9] tria desiderentur in facto externo patris, quo substitutio pupillaris valeat. Primum, ut pater sibi testamentum faciat. Secundum, ut prius sibi instituat heredem. Tertium, ut testamentum patris exitum habeat aliquo herede inde exsistente.

XX. Primum est, ut dixi, ut pater sibi faciat testamentum, sine quo nihil potest dici eius pars esse, aut sequela. *d. §. liberis, Inst. de pop. dict. L. 2. §. quisquis, D. de vulg.* Quo satis continentur illa, quæ alibi legimus; ut testamentum patris iure fiat: *L. si testamento, C. de imp. & al. subst.* non enim recte dicatur testamentum, quod iure nullum habetur, quale est non iure factum. *L. 1. D. de iur. rup.* item ut pater sibi heredem instituat, quoniam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. in fi. D. de vulg.*

XXI. Secundum est, ut pater testamento suo prius sibi heredem faciat, deinde filio. *dict. L. 2.* [10] *§. prius, D. de vulg.* Non enim potest pupillaris substitutio dici sequela paterni testamenti, nisi præcedat paternum testamentum, quod substitutio sequatur. Nec vero potest prius esse testamentum patris, nisi prius in eo sibi instituat heredem pater: quando, ut diximus, sine heredis institutione nullum est testamentum. *d. L. 1. in fin. de vulg.*

XXII. Hunc vero ordinem ita exigit Ulpianus in hac substitutione in *d. L. 2. §. prius eod.* ut adiiciat, non licere convertere ordinem scripturæ. Neque hoc dicit dubitantis more, aut prius positum repudiat postea, quasi non satis certum; sed aperte, & maxime probat. Confirmat enim diligenter, primum auctoritate Iuliani; deinde rescripto Imperatoris sui; postremo etiam ratione. Et ad extremum quoque eius capitis adiicit, ex hoc ordine dictam esse hoc genus substitutionem. Et tamen ibidem paulo post videri potest contrarium scribere. Scribit enim ita in ver. sed si quis. *Sed si quis ita fuerit testatus, si filius meus intra decimum quartum annum decesserit, Seius heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio.* Et adiicit de conversione, quod plane priori sententiæ adversetur; *licet conversa scriptura*, inquit, *filii testamentum prius fecerit:* & paulo post: *ut non ordo scripturæ, sed successionis spectetur.* Et sane non tantum hæc ipsa sententia priori contraria, sed etiam particula adversativa. *Sed*, qua utitur ut ad hanc speciem transeat, aperte declarant, Ulpianum in eo, quod subiicit, a priore sententia recedere voluisse. Sed, cum in ea specie loquatur nominatim de filio instituto: apparet rursum, non [11] voluisse eum in totum mutare priorem sententiam, sed hanc solum speciem ab illa excepisse. Qua excepta, manebit hoc etiam nunc ratum ex priore sententia, ut si pater exheredato filio substituat, sibi prius debeat instituere heredem, deinde filio facere, nec convertere ordinem scripturæ. Manere enim in regula oportet, quidquid inde exceptum non est: ut exceptio magis regulam confirmet in rebus non exceptis, *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa. D. de instr. vel inst. leg.* Atque ut hanc sententiam verba exprimunt: ita hanc ipsam esse sententiam Ulpiani non dubitabimus, si manifesta ratio istas species disiungit, facitque, ut in una videatur converti ordo substitutionis conversa scriptura; in altera non item. Et ita se res habet, ut cum pater filium impuberem heredem instituit, etiam si postremo loco eum scribat heredem, tamen ex verbis substitutionis præcedentis appareat, sic patrem instituere filium, ut velit, filium primo loco exsistere heredem. Ex verbis [12], inquam, substitutionis, ac non etiam sola coniectura voluntatis. Substitutionis enim pupillaris conditio hæc est, si impubes institutus heres erit, & intra pubertatem decesserit. Hoc ergo exprimit pater, velle se, ut filius prius sit sibi heres: sic deinde si filius intra pubertatem decesserit, substitutus admittatur. Quæ res ostendit, hoc casu non converti ordinem substitutionis, ac ne scripturæ quidem, si modo vim, & manifestam significationem orationis spectemus: cum oratio ipsa hoc significet, velle

9) Ita & Vigl. *in pr. Inst. hoc. tit. n.* 8. Coras. *ad L. 4. C. hoc. tit. n.* 2. Duar. *ad hoc tit. D. C.* 14. *fol.* 388. Govean. *ad d. L. 2. pr. hoc. tit. n.* 22 Obiicies. Postumus tempore testamenti non est in potestate *L. ult. de collat.* & tamen ei substituitur. Resp. *ex L. 7. de stat. hom.* Lex autem Cornelia æque substitutionem pupillarem, ut ipsam institutionem, confirmat *L. 28. h. t.* vid. Cui. 15. *Obs.* 17. A. Fab. 3. *Con.* 9. &, se corrigens 10. *Conject.* 3. *&* 4.

10) Potest & substituere pure, vel sub conditione *L. 8. pr. hoc tit.* Omnis quidem substitutio est conditionalis institutio, potest tamen esse pura substitutio. Duaren. *hoc tit. C.* 13. Sed Hot. *in pr. L. de vulg.* conditionem esse proprie, quæ extrinsecus accedit *L. 25. in f. Quan. dies Leg.* & adscribi, vel non adscribi potest. Casus autem substitutionis est pars potius, quam conditio, sine quo concipi nequit, quique tacite inest.

11) Octo requisita pupillaris refert Zas. *ad L. 1. §. ult. iunct. L. 2. h. t. n.* 24. *&* *seqq.*

12) Nec audiendus Govean qui 1. *Var. lect.* 8. *n.* 2. *&* *ad d. L. 2. §. 4. n.* 5. pro *comprobata in d. §.* 4 reponit *improbata*, testans, se ita in veteri libro legisse: notatus a Rob. 1. *Rec. lect.* 34. Duar. *h. t. d.* 14. *f.* 390. *&* P. Greg. 42. *Synt.* 20. *n.* 6.

velle patrem in primum locum ſubſtitutionem trahi. Nihil eiuſmodi intelligi poteſt ex verbis ſubſtitutionis, cum pater prius ſubſtituit exheredato filio, deinde ſibi heredem inſtituit. Hæc enim hoc caſu conditio eſt ſubſtitutionis, ſi filius impubes intra pubertatem deceſſerit. Poteſt autem intra pubertatem decedere, priuſquam heres inſtitutus adierit hereditatem: ut proinde nihil hic ex verbis detur intelligi, cur velit pater heredem inſtitutum prius ſibi heredem eſſe, quam ſubſtitutum filium. Merito igitur dicitur, hoc caſu non licere convertere ordinem ſcripturæ, ubi, hoc converſo, nihil appareat, cur non convertatur etiam ordo ſucceſſionis: quod non licet.

XXIII. Tertium eſt in teſtamento patris, ut exitum habeat. Quod ita fit, ſi ex eo [13] adita ſit hereditas, nam, hac non adita, nemine ex teſtamento herede exſiſtente, teſtamentum fit irritum. *L. 1. Digeſtor. de iur. rup. Inſtitut. de her. quæ ab inteſta. deferen. in princip.* Ideo ita traditur, niſi adita quoque patris hereditas ſit, pupillare teſtamentum evaneſcere. *L. 2. §. quiſquis, L. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe. Digeſt. de vulg.* Hinc olim ita ius erat, ut, quibus modis infirmaretur teſtamentum patris, iiſdem & conciderent tabulæ pupillares. Puta ſi poſtumi præteriti agnatione ruptum eſſet, ut eſt, in *d. L. 2. in princ. de vulg.* Unde ibidem præcipitur, ut ſi avus nepotibus impuberibus teſtamentum facere velit, & eos patres præcedunt, eos inſtituat heredes, aut exheredet: ne, filio præcedente poſtea mortuo, nepotes ſuccedendo in locum patris demortui, quaſi agnatione rumpant teſtamentum. *L. poſtumorum, Digeſt. de ini. rup.* Idem eveniebat teſtamento inofficioſo pronuntiato. Nam tum maxime reſcindebatur teſtamentum. *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoff. teſtamen.* tum placebat nihil ex eo teſtamento valere: *L. cum mater, D. eod.* quaſi nec teſtamenti factionem habuerit defunctus, tanquam demens. *L. Titia, in fin. L. qui repudiantis, §. 1. L. 2. D. de inoffic.* Excipiebatur ea ſpecies, cum, præterito filio, bonorum poſſeſſio contra tabulas petita erat. Etſi enim tum ita reſcindebatur teſtamentum, ut non minus res rediret ad cauſſam inteſtati, quam ex cauſſa inofficioſi: *L. ut liberis, Codic. de inoffic. teſtamen. L. non putavit, §. ultim. D. de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* tamen placebat, ſubſtitutionem pupillarem valere. *L. ex duobus, §. ultim. D. de vulg.* quod fiebat beneficio edicti, quo prætor, teſtamento patris per bonorum poſſeſſionem contra tabulas reſciſſo, nihilominus ſervat, quæ eo teſtamento relicta ſunt quibuſdam perſonis; hoc eſt liberis, & parentibus. *L. 1. D. de leg. præſ.* in quo numero eſt ſubſtitutio pupillaris, quæ impuberi dat heredem. Et valet etiamnum hodie idem ius in hac ſpecie. Sed longius proceſſit conſtitutio nova Iuſtiniani ad ius in ſuperioribus cauſſis hac parte immutandum. Cavit enim generaliter, ut quocumque modo irritum ſit teſtamentum ex cauſſa præteritionis, vel exheredationis, irritæ quidem fiant inſtitutiones; at cætera eius teſtamenti valeant. *authen. ex cauſſa, Cod. de liber. præter.* quod ad omnem ſpeciem reſciſſi ex ſuperioribus cauſſis teſtamenti pertinet, ſive teſtamentum ipſo iure nullum ſit agnatione poſtumi, ſive reſcindatur querela inofficioſi teſtamenti, ſive bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, de quo ſuo loco diximus. In illis cæteris conſtat, eſſe legata eo teſtamento relicta, de quibus etiam conſtitutione Iuſtiniani expreſſum eſt. *Novell. ut cum de app. cog. §. ſive igitur. §. iuſtum. verſ. ſive autem.* Etſi autem generaliter additum eſt de aliis capitulis teſtamento comprehenſis: tamen, ut nihil dictum eſſet amplius, quam legata ex teſtamento valere, ſatis argumenti eſſet, ſervandam [14] eſſe & ſubſtitutionem pupillarem: quæ & relicti genus haberet, & eius, quod datum eſſet liberis. Hoc quidem argumento utitur Hermogenianus in *L. nam quod, 14. §. 1. D. ad Treb.*

XXIV. Solum ergo hodie, reſciſſo teſtamento paterno, & non adita ex eo hereditate ita irrita ſit pupillaris ſubſtitutio, ſi ob

13) Quod concoquere non poſſum. Regula enim generalis *d. §. 4.* accipietur de ſubſtitutione facta exheredato, ſpecie rariore. Exceptio autem de facta inſtituto longe erit latior.

14) Et hic unus eſt de tribus intellectibus Accurſii ad *d. §. 4.* quem ſequuntur Bart. & Bal. *ibid.* & non improbat omnino Zaſ. *in d. L. 2. §. 4. n. 8. & 9.* Et ſic quoque diſtinguit Vult. *in pr. I. h. t. n. 9.* & Pac. *5. q. 92.* quia ſi inſtituto ſit, favorabilis ſit, ac producenda ſubſtitutio; ſi autem exheredato, odioſa. Quæ ratio nec vera eſt vid. not. *ſup. N. 5.* nec conveniens. Et hanc diſtinctionem reiicit Govean. 1. *Var. lect.* 8. *n. 1.* 1. quia nulla ratio diverſitatis idonea. 2. quia ratio adducta *in d. §. 44.* Unum eſſe teſtamentum, etiam locum habet quando ſubſtituitur inſtituto. Placet eorum diſtinctio, qui *d. §. 4.* accipiunt, ſi teſtamenta patris, & filii fiunt ex intervallo, & ſeparatim, uti poſſunt *L. 16. §. 1. hoc tit. d. §. 5.* non autem quando in continenti, & uno contextu & ſibi, & filio quis teſtatur, arg. *L. 1. pr. L. 28. de her. inſtit.* Zaſ. *in d. L. 2. §. 4. n. 8.* Duar. *h. t. C. 14. fol.* 390. P. Greg. 42. *Synt.* 20. *n.* 5. Quo facit *d. L. 2. §. ult. hoc tit.* paulo aliter Rob. 1. *Rec. lect.* 34. vid. & Vaſq. *lib. 2. de Succeſſ. progreſſu §. 14. n.* 141. *& ſeqq.* noviſſime M. Lyclama *Lib. 1. Membranar. ecloga* 27.

si ob alias caussas, quam superiores hereditas adita non sit: cæterum non adita ex aliis caussis hereditate, manet illud, quod posui, evanescere substitutionem pupillarem. *d. L. 2. §. quisquis, L. sed si plures, §. si ex asse. D. de vulg.* Veluti si heres institutus repudiet hereditatem, aut, si instituto eo sub conditione, deficiat conditio. Sed tamen indiget hæc quoque sententia cautione: non enim usquequaque vera est. Ac primum cum ad confirmationem pupillaris substitutionis desiderant hic veteres, ut ex testamento patris adeatur hereditas: sciamus, id desiderari solum herede extraneo instituto, in quo & locum habere potest aditio. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Quod si suus heres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, cui & postea substitutus heres datus est: nihil amplius opus sit ad vim substitutionis pupillaris, quam ut mortuo patri sit superstes. Sic enim ipso iure statim patri existit suus heres, & quidem multo certius quam si quis extraneus heres institutus adiisset hereditatem. *§. sui, Inst. de her. quæ ab. int. def.* Quod quidem ad [15] confirmandum testamentum paternum tantumdem valet; eum utroque modo fiat, ut testamentum heredem habeat. Ut plane supervacuum sit in hoc herede aditionem exigere, etiamsi illi adire liceret. Nunc autem frustra hæc etiam ab illo exigatur, quam præstare non potest: cum aditio sit voluntariorum heredum: hic autem sit necessarius. *d. §. item extraneus, §. sui, Inst. de her. qual. & dif.* Probaturque hæc sententia non obscure his locis, *L. filius*, 41. & *L. Iulianus, seq. D. de acq. her.* quod recte intelligens Bartolus, bene ad eos locos scripsit, convenienter eorum sententiæ, existentiam sui heredis confirmare tabulas pupillares.

XXV. Sed etsi heres extraneus institutus tantum sit, & is repudiaverit hereditatem: interdum tamen valet substitutio pupillaris, quod duabus de caussis contingit; vel quod ei, qui repudiavit, licet, iure repetere aditionem omissam, & repetit: vel quod nulla aditione interveniente, tamen, quæ eo testamento relicta sunt, iure singulari conservantur. Repetitur aditio omissa vel beneficio ætatis, vel ex caussa fideicommissi eogente fideicommissario. Quibus in caussis & substitutio pupillaris, quæ prius concidisse videbatur, confirmatur. Finge, heredem institutum minorem. Hunc repudiare hereditatem. Si beneficio ætatis uti velit, potest impetrare in integrum restitutionem, ut sibi adire liceat. *C. si ut omis. her.* Id, si fit, proficiet secundis tabulis, ut prætor utiles actiones decernat substituto. *L. 2. §. interdum, in fi. de vulg.* Sed etsi institutus heres rogatus sit restituere hereditatem Titio; & recuset adire hereditatem, cogi potest adire postulante fideicommissario. *L. nam quod, §. ult. L. cogi, D. ad Treb.* Finge, cum iam repudiasset coactum adire. Valebunt secundæ tabulæ ex eo testamento, ex quo & hereditas patris recte adita est, & restitui debet. *d. L. 2. §. interdum, de vulg.* Plus Ulpianus scribit *in d. §. interdum*, si substitutus solum impuberis exheredati rogatus sit secundis tabulis restituere hereditatem Titio, & recuset heres institutus adire hereditatem: quamvis ab eo fideicommissum relictum non sit, tamen, desiderante fideicommissario, compellendum eum adire; ut ea aditione confirmato testamento patris, convalescant tabulæ pupillares, & una fideicommissum iis tabulis relictum. Hoc tamen, inquit, si iam pupillus decessit: cæterum si adhuc vivit, improbum esse ait eum, qui sollicitus est de vivi hereditate.

XXVI. Interdum, ut dixi, & sine aditione servantur ea, quæ testamento relicta sunt, edicto prætoris. Quod duabus in caussis receptum est. Una, si quis omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem. Ubi prætor sic voluntatem testatoris tuetur, quasi ex testamento hereditas esset adita. *L. 1. D. si quis omis. caus. test.* Quare & cum id fit, placet, pupillo substitutum servandum. *d. L. 2. §. quisquis, in fi. de vulg.* Altera, de qua dixi paulo ante, cum bonorum possessio contra tabulas petita est. Qua in specie prætor servat relicta liberis, & parentibus. *d. L. 1. D. de leg. præst.* Ideo & in his substitutionem pupillarem, eoque iure valet hoc casu substitutio. *L. ex duobus §. ult. de vulg.* Sed iam eodem loco monui hodie generaliter definiendum, quocumque modo hereditas adita non sit, aut non sit ullus ex testamento heres ob caussam præteritionis, vel exheredationis, nihilominus cætera omnia testamento relicta salva esse, ex constitutione Iustiniani, & in his substitutionem pupillarem. *d. auth. ex caussa, C. de lib. præt.*

XXVII.

15) Nisi a milite facta sit, *L. 41. §. ult. de test. mil.* Duar. *h. t. C. 14. f. 391.*

XXVII. Atque hæc patris poteſtas eſt in hac ſubſtitutione; hoc ius, quo fit, ut ad hanc formam compoſita ſubſtitutio valeat. Quo ex iure & nomina rei convenientia nata ſunt: quæ quam vim, atque originem habeant, iam ex his poteſt intelligi. Primum hoc genus inſtitutionis, qua datur heres impuberi, dicitur ſubſtitutio pupillaris. *§. igitur, Inſt. de pup. L. in pupillari, L. coheredi, §. cum filiæ, D. de vulg.* At cur ſubſtitutio? non enim ita dici poteſt ex comparatione impuberis: quoniam in hac ſubſtitutione non inſtituitur pupillo ſecundus heres, ſed primus, & ſolus. Non eſt autem ſubſtitutus, qui primo loco inſtituitur. *L. 1. D. de vulg.* Ne ſic quidem dici poteſt ex comparatione patris: quoniam in hac ſubſtitutione non inſtituitur ſecundus heres patri, in qua ſubſtitutus non eſt omnino patri heres, nedum ſecundus. Unde igitur ſubſtitutio? nempe ex comparatione heredis paterni, eo quod pater prius ſibi heredem inſtituere debet, deinde ſecundo loco filio, & non a teſtamento filii incipere. Ut intelligatur hic ſubſtitutus ita dici, non quia ulli eſt ſecundus heres, ſed quia poſt inſtitutum patri heredem ſecundus: ut quem ſecundo loco poſt inſtitutum ſcribi, & eſſe heredem oporteat. Et ex hoc ordine dictum eſſe ſubſtituere liberis, declarat Ulpianus in *L. 2. in ſi. de vulg.* Dicitur hæc ſubſtitutio teſtamentum pupilli, ſeu pupillare: *d. L. 2. §. quiſquis, §. interdum,* & recte: ut in qua pupillo inſtituitur heres, non patri, ut initio huius generis expoſuimus. Eodem ſenſu [16] dictæ tabulæ pupillares. *L. ſi mater, de vulg.* nam in uſu iuris teſtamentum tabulas vocamus. *L. 1. D. de bo. poſ. ſec. tab.* Dicuntur & ſecundæ tabulæ ex eo ordine, quem in teſtamento patris, & filii faciendo ſervandum eſſe diximus. *d. L. 2. §. quiſquis, §. prius. L. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe. de vulg.*

XXVIII. Quod ſi hæc ſubſtitutio eſt teſtamentum filii, & ut valeat, præcedere debet teſtamentum patris, apparet in ſubſtitutione pupillari recte ordinata duo teſtamenta eſſe, unum patris, alterum filii: & ita paſſim hæc diſtinguuntur. Et tamen rurſum hic dicitur [17] unum eſſe teſtamentum patris, cuius pars ſit teſtamentum pupillare. *§. igitur, §. liberis, Inſt. de pup.* Recte utrumque duo ſunt teſtamenta, si hereditates, & inſtitutiones heredum ſpectamus. In teſtamento namque patris de hereditate, & bonis patris agitur, & huic ſoli inſtituitur heres. In ſubſtitutione pupillari agitur de bonis impuberis, & ipſis, ac pupillo heres inſtituitur. *Inſt. de pup. ver. quo caſu, L. ſed ſi plures, §. ad ſubſtitutos, D. de vulg.* neque id aliter habetur; quam ſi ipſe pupillus ſibi heredem inſtituiſſet. *d. §. igitur, Inſt. de pup.* Teſtamenta autem diſtinguuntur heredum inſtitutionibus; ut cui heres inſtituitur, eius quoque ſit & teſtamentum, ut initio dixi. Unum teſtamentum eſt, ſi ſpectamus eum, qui facit, & id quod fit principaliter. Nam ſolus eſt, qui teſtamentum facit, pater: & huius teſtamentum eſt teſtamentum principale; cuius nihil niſi acceſſio eſt teſtamentum pupillare. Idque ex eo ſatis intelligitur, quod ut teſtamentum pupillare recte fiat, non neceſſe eſt nova ſolemnia adhiberi, ſed ut in parte teſtamenti paterni, ſolius huius teſtamenti ſolemnia ſufficiunt. *L. patris, D. de vulg.* Sic teſtamentum patris principale dicitur in *L. 2.* in princ. illic, *nam ſi principale de vulg.* sic pupillare pars, & ſequela paterni in *dicto §. liberis, Inſtit. de pupil.* Hinc factum, ut in hac ſubſtitutione teſtamentum patris dicatur duplex. Ideo enim duplex, quia duo teſtamenta continet, paternum, quod proprie ita dicitur; & pupillare, quod tamen paterni pars eſt. Ut in illa ſententia veterum: In duplicibus teſtamentis unum patrimonium patris ſpectari, & omnia legata tam quæ in primis, quam quæ in ſecundis tabulis relicta ſunt, in unum contribui, ut ex ratione patrimonii paterni intra dodrantem præſtentur. *L. in duplicibus, D. ad leg. Falc.* ubi apparet, duplicia teſtamenta dici parentum, quæ adiunctam habent ſubſtitutionem pupillarem.

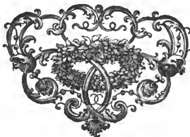
XXIX. Neque vero ad rationem tantum verborum explicandam utile eſt intelligi, duo hic eſſe, & dici teſtamenta, & rurſum unum, quod ſit duplex: ſed in primis ad rem, & certos effectus iuris pertinet. Huc enim ſpectat, & ita acceptum eſt a veteribus, ut prout expedit, aut non nocet tabulis pupillaribus,

modo

16) Quæ communior opinio eſt, teſte Valaſc. *Tomo 1. Conſult.* 54. *n.* 7. & probat P. Greg. 42. *Synt.* 20. *n.* 9. & Cuiac. 4. *ad Afric. ad L.* 34. *§. ultim. h. ti.* Diſſentit Hotom. 4. *Obſ.* 26. ſcribens *in d. Cap.* 3. *in fin.* legata, libertates, tutelas ſignificari: ſubſtitutiones vero inſtitutionis nomine comprehendi. Vid. & Trentacinq. *de Subſtitut. Par.* 2. C. 14. *n.* 11. *& ſeqq.*

17) Conſentit Duar. *h. t, C.* 14. *f.* 891. Hotom. 9. *Obſ.* 10. Gabr. Degaſt. *ad L.* 7. *C. h. t. pag.* 62. *& ſeqq.* Vult. *in pr. I. h. n.* 9. *&* 10. Quod confirmat *L.* 28 *de reb. auct. iud. poſſ.* Diſſent. Vigl. *in §.* 1. *I. h. n.* 25. Govean. *ad L.* 2. *§.* 5. *& ſeqq. hu. t. n.* 28. A. Fab. 2. *Coniect.* 2. *&* 32. *de Err. Pragm.* 1. *& ſeqq.* Tribonianum mitere inſectans. Scite hanc difficultatem tribus caſibus expedit Vinc. Cabot. 2. *Diſput.* 22. Vid. & de hac quæſt. Trentacinq. *de Subſtitut. Par.* 2. C. 5.

modo hæ habeantur pro teſtamento patris, modo pro teſtamento impuberis, poſtquam pro utroque accipi poſſunt diverſis rationibus. In tabulis patris, & filii ſeptem ſigna ſufficiunt; nempe ut in uno teſtamento patris: quia hoc exiſtimari tabulis filii expedit, quo citius valeant *d. L. patris, de vulg.* Quæ ſecundis tabulis pater legavit, perinde habentur, quaſi patris teſtamento, & a patre relicta eſſent: quia hoc ſecundis tabulis nihil nocet. *L. coheredi, §. coheres, de vulg. L. in ratione, 11. §. quod vulgo. L. in duplicibus, D. ad Leg. Falc.* Mater teſtamento impuberis ſi præterita ſit a patre, placet eam inofficioſum teſtamentum impuberis non dicere; hac ratione, quia patris teſtamentum eſt, & hoc nunc ita haberi utile, ne teſtamentum impuberis reſcindatur. *L. Papinianus, §. ſed nec, D. de inoff. teſt.* Adde & illud, quod omnino ad hunc locnm pertinet, quos poteſt pater heredes ſibi facere neceſſarios, poſſe eum & facere filio impuberi, ut ſervnm ſuum, & fratrem impuberis. *L. ſed ſi 10. D. de vulg.* Quod certe non alia ratione placuit, quam quod ipſa hæc ſubſtitutio impuberis eſt teſtamentum patris, cui propterea idem tribuendum ſit, atque ſi ſibi liberos, aut ſervos ſuos heredes pater inſtituiſſet. In his cauſſis contra reſponſum contrariis de cauſſis. Qui ſolidnm ex teſtamento patris capere non poteſt: placet, enm a patre recte impuberi ſubſtitui, & ex hac cauſſa ſolidum capere ex iis bonis, quæ ſolius impuberis fuerunt, non etiam teſtatoris: non alia de cauſſa, quam quod hic teſtamentum ſit filii, a quo & ſolidum capiatur. *L. ſi is qui, 6. D. de vulg.* idque ita rurſum exiſtimari pupillo utile ut habeat ſubſtitutum *L. Iulianus, D. de acq. her.* Pater tabulis ſecundis ſubſtituit impuberi præteritis iis, qui de inofficioſo teſtamento patris queri poterant, ut fratre patris, aut fratre impuberis. Placet his querelam inofficioſi adverſus teſtamentum non dari: quia filii teſtamentum eſt, ac niſi ita nunc exiſtimetur, pupillus inſtitutum non ſit habiturus *d. L. Papinian. §. ſed nec, de inoff.* Sed & quod placet, ſi, ſuo teſtamento perfecto, alia rurſus hora pater filio teſtamentum fecerit adhibitis legitimis teſtibus, nihilominus id valere. *L. ſi quis eum, 16. §. 1. D. de vulg.* non alia re defendi poteſt, quam quod duo ſunt teſtamenta diverſorum, & diverſarum hereditatum; ſic enim conſequens eſt, etſi diverſis temporibus facta ſint, dum in ſingulis adhibita ſint ſolemnia iuris, ambo valere, nam alioqui aut utrunque aut certe poſterius ſit inutile futurum, ſi teſtamenti paterni pars haberetur; cum unumquodque teſtamentum cuiuſque ita valeat, ſi uno contextu, & eodem tempore factum ſit. *L. heredes, §. ult. D. qui teſt. fac. poſ. L. hac conſultiſſima, in pr. & §. 1. C. de teſtam.*



CAP.

CAP. XXVI.

Subſtitutio pupillaris a voluntate ſubſtituentis (quæ altera de hac ſubſtitutione quæſtio eſt) ubi facta intelligatur. Ea inventa, quando huius conditio exſiſtat, ut hinc deferatur ſubſtituto hereditas. Tum quid hic ſubſtitutio, quantumque ſubſtituto tribuat.

Pupillaris ſubſtitutio, ut vulgaris, vel exprimitur verbis, vel non expreſſa intelligitur. I.
Exprimi vel tota conditione ſubſtitutionis expreſſa, vel poſteriore tantum eius parte. II.
Item uno verbo. Quomodo. III.
Intelligi cum pater filio impuberi inſtituto ſubſtituit in vulgarem caſum. IV.
Niſi voluntas patris refragetur. V.
Hoc in tribus caſibus. Hi qui ſint. VII. VIII. IX.
Intelligi etiam cum pater, pluribus impuberibus inſtitutis, eos invicem ſubſtituat. Secus ſi cum impubere inſtitutus pubes. X.
Subſtitutus vel certus, vel incertus; & qui uam his verbis, quis quis mihi hæres erit, idem filio meo heres eſto *contineantur*. XI.
Ex hac ſubſtitutione deferri hereditatem cum exiſtat conditio; & quando huius pars prior, quando poſterior exiſtere intelligatur. XII.
Quid, quantum ex hac ſubſtitutione ſubſtituto deferatur. XIII.
Pluribus impuberi ſubſtitutis, idem de partibus hereditatis ac in vulgari. XIV.

I. Conſtituta poteſtate hoc modo ſubſtituendi, intelligitur & quid hic liceat patri, & ſimul quibus rebus fiat, ut valeat ſubſtitutio. Quo intellecto, reſtat de voluntate ſubſtituentis ut videamus, ubi ab eo facta ſit hæc ſubſtitutio; & hac inventa, cui, quando quantumve inde deferatur. Pupillaris ſubſtitutio, ut vulgaris, alias exprimitur verbis, alias non expreſſa intelligitur.

II. Exprimitur expreſſa ſubſtitutionis conditione: hoc modo, ſi filius heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius heres eſto: *Inſt. de pup. in pr. L. 1. D. de vulg.* aut hoc modo: ſi filius intra 14. annum deceſſerit. *L. 2. §. pri.* verſ. *ſed ſi quis. L. in ſubſtitutione. L. qui plures liberos, L. coheredi, §. ul. D. de vul.*

III. Exprimitur & uno verbo ſubſtituendi, cum pluribus impuberibus heredibus inſtitutis ita ſubſtituit pater, *eoſque invicem ſubſtituo*. Subſtituendi enim, verbum, quod generale eſt, omnem ſubſtituendi heredis ſpeciem continet, quam modo perſona liberorum recipiat. *L. 4. D. de vulg.*

IV. Non [1] expreſſa verbis pupillaris ſubſtitutio, tamen facta intelligitur, cum pater filio impuberi inſtituto ſubſtituit in primum caſum: hoc modo, *ſi filius impubes heres non erit, Titius heres eſto*. Hic enim placet, etſi filius heres erit, & intra pubertatem decedat, etiam in hunc alterum caſum Titium ſubſtitutum videri, ut vulgari caſu expreſſo contineatur & pupillaris. *d. L. 4. D. de vulg. L. quamvis. C. de imp. & al. ſub.* Voluntas hinc intellecta. Nam, qui voluit Titium ſibi heredem eſſe, ſi filius heres non eſſet, credibile eſt, voluiſſe & eundem ſibi eſſe heredem, ſi filius heres exſtiterit. Nihil enim dici poteſt, cur non pariter utroque caſu Titium dilexerit, & quem ſemel voluit, eumdem & perpetuo heredem eſſe voluerit. At, pupillo herede exſiſtente, ac deinde decedente ſi admittatur ſubſtitutus, fit & hic patri heres, qui hereditatem patris prius quæſitam filio nunc ex ſubſtitutione per filium obtinet, iuxta regulam iuris, heres heredis heres quoque eſt teſtatoris. *L. ult. C. de her. inſt. L. 3. D. de her. pet.* Quare & ſic quoque voluit pater hereditatem ſuam ad Titium pervenire. At hoc fieri non poteſt, niſi Titius in totum filio quoque ſit heres. Iuncta enim cœpit eſſe hereditas patris, & filii, cum primum filius patri heres exſtitit: ut qui unam ex his habeat, neceſſe ſit, habeat utramque.

L. ſed

[1]) De tacita hac pupillari vid. Dauth. *ad L. 1. h. t. n. 155. & ſeq.* Trentacinq. *Par. 1. C. 11. & 2. ſeqq.* ubi *C. 13.* tractat an, & hæc trahatur ad bona pupilli, quæ aliunde, quam a teſtatore, ut per hanc tacitam æque ipſi ſuccedatur. An hæc vere ſit ex voluntate defuncti, vid. *not. ſupr. C. 24. N. 2.* Quæ enim rationes in tacita, ceu vocant, vulgari, eædem & fortiores in hac.

L. sed si plures. §. filio. D. de vulg. Hinc coniectura non obscura voluntatis, quasi testator in filii quoque bona Titium substitutum voluerit, ut idem obtineret etiam paterna, id est, sua, quæ ad illum pervenire voluit. Quod si ex hac substitutione, præter bona patris, obtinet substitutus etiam alia bona impuberis, ut sit & ipse impuberi heres: id nos movere non debet, quasi sit hoc præter voluntatem patris. Nam, quem pater voluit sibi heredem, credibile boc quoque est voluisse patrem & bunc beredem da tum filio. Hoc enim utile filio substitutum habere. *d. L. Iulianus. de acq. her.* Quem autem idoneum putavit pater, quem sibi heredem faceret: non dubium, quin putet idoneum filio; &, ut putat, ita etiam voluerit; qui pro caritate parentum erga liberos æque cupivit prospectum filio, ac sibi.

V. Sic tamen, vulgari substitutione expressa in persona impuberis, intelligitur, pater, & in alterum casum substituisse, & quod idem est, intelligitur, contineri pupillaris, nisi voluntas patris refragetur. *d. L. 4. in f. D. de vulg. L. quamvis. C. de imp. & al. subst.* Quod enim pupillaris substitutio hic quoque admittitur, non fit verbis, quæ hic desunt, sed sola coniectura voluntatis. Ita, cessante voluntate, & substitutionem pupillarem excludi necesse est.

VI. Refragari intelligitur voluntas tribus in caussis: totidemque modis accidit, ne vulgari modo pupillo substitutus, etiam in alterum casum existentium beredum substitutus intelligatur.

VII. Prima caussa est, quæ dubitationem non habet, si pater nominatim in secundum casum alium substituat hoc modo: filius meus heres esto. Si beres non erit, Titius beres esto. Sin heres erit, & intra pubertatem decesserit, Sempronius beres esto. Hoc casu nemo dubitat, quin in secundum casum substitutus sit impuberi Sempronius, non Titius. *L. cum ex filio, 39. §. 1. D. de vulg.*

VIII. Altera caussa est, cum pater in conditione substitutionis vulgaris factæ impuberi comprehendit alium heredem, in cuius persona locum habere non potuit substitutio pupillaris, ut diceret, si filius, & ille heredes non erunt. Veluti in bac specie Testator filio impubere, & uxore sua beredibus institutis, ita his substituit: si Firmianus filius meus, & Ælia uxor mea heredes non erunt, Titius heres esto. Placet Titium in hac specie in secundum casum substitutum non videri filio, Proinde, filio herede exsistente, quamvis postea decedente intra pubertatem, evanescere substitutionem, quæ species, & sententia est *L. quamvis. C. de imp.* Et ratio ibi adiecta est, quod manifestum sit in proposito, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit. Recte. Cum enim hæc verba, si illi hæredes non erunt, semel, & pariter relata sint tam ad impuberem, quam ad uxorem, non possunt aliud significare, aut continere in unius persona, quam in alterius. At in persona uxoris non potest pupillaris casus intelligi; quando ei & extraneæ, & puberi in eum casum substitui non potest. *§. ult. Inst. de pup.* Quapropter ex iisdem verbis nec idem casus potest intelligi in persona impuberis.

IX. Tertia caussa est, quæ aliunde etiam quam ex verbis admittit coniecturam contrariæ voluntatis; cum impubes, cui in primum tantum casum substitutus datus est, intra pubertatem decedit matre superstite, & eadem prius instituta cum filio. Tunc enim Papiniani, & Ulpiani sententia fuit, matrem admitti, nec substitutioni pupillari locum esse. Quæ & sententia nominatim confirmatur a Iustiniano *in L. ult. C. de inst. & subst.* sed illis conditionibus omnino, quas dixi, si mater vivit, & pariter cum filio prius fuit instituta. Ex quo intelligitur, si prius instituta non esset, eum, qui in primum casum substitutus est impuberi, etiam adversus matrem in secundum casum substitutum videri. De qua re disserui ad *L. precibus. C. de imp.*

X. Ut contineetur substitutio pupillaris etiam non expressa, cum pater substituit in primum tantum casum, si filius heres non erit: sic multo magis tunc contineri debere videtur, cum testator, impubere, & aliis beredibus institutis, eos invicem substituit bis verbis, *eosque invicem substituo.* Nam aut verbo substituendi continetur utraque species, quæ vis est verbi generalis, aut una saltem vulgaris. Qua admissa, etiam ex superiore definitione pupillarem recipimus. Sed ne boc quidem perpetuum. In duobus filiis impuberibus locum habet. In duobus, quorum unus est impubes, alter pubes, non placuit, ut differitur in [z] *L. 4. D. de vulg.*

z) Falsa autem est communis interpretatio, qua creditur in *d. L. 4.* Publius Firmianus præferri uxori, quia uxor non sit substituta pupillariter filio, cum filius ita uxori nequeat. Quod refellit A. Fab. 15. *Coniect.* 19. Non enim

vulg. quia voluntas ex verbis repugnare videtur. *Incongruens enim videtur*, aiunt sive Modestinus, sive Imperatores, *ut hoc communi verbo, eosque invicem substituo, in altero duplex sit substitutio, in altero sola vulgaris.* Et hinc est, verbum substituo, quod communiter, id est, pariter & in commune, utrique filio attributum est, non potest de sententia testatoris, nisi unum, & idem genus substitutionis significare in utriusque filii persona. Non potest autem in persona puberis ex sententia testatoris significare substitutionem pupillarem; quia hanc personam puberis non recipit, & cupit testator iure testari. Quo fit, ut nec in persona impuberis eodem verbo communi possit hæc substitutio intelligi. 3

XI. Substitutione inventa, ex verbis æstimandum, cui, quando, quidve inde deferatur. Defertur hereditas substituto. Hic interdum certus, ut cum appellatur suo nomine, aut demonstratur aliqua alia demonstratione. Nonnunquam incertus, utpote designatus iis verbis, de quorum sententia, & significatione dubitetur. Quod fit, eum, pluribus heredibus institutis, pater ita substituit filio, quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto. Inde quæsitum, qui contineantur his verbis, *quisquis mihi heres erit.* Res breviter definita in §. *substituitur. Inst. de pup.* his verbis, vocari ex substitutione impubere mortuo, illos, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt. Congruit *L. qui liberis. §. 1. D. de vulg.* Qua definitione docemur, duo genera heredum his verbis non contineri, proinde nec admitti ad substitutionem. Primum eos, qui ex testamento quidem heredes sunt, at non testamento scripti heredes: tum eos, qui scripti heredes non extiterunt. In priorum numero sunt, dominus, servo instituto, pater instituto filiofamilias, & heres heredis instituti. Nam si servus eodem testamento patris institutus sit heres, & hereditatem iussu domini adeat; dominus fit heres, quæsita ei per servum hereditate. Eodemque iure est pater filiofamilias herede instituto, & iussu patris hereditatem adeunte. *L. placet. D. de acq. her. L. acquiruntur §. 1. D. de acq. re dom.* Sed & filiofamilias herede instituto, si is recuset hereditatem adire, defertur patri hereditas ex constitutione Iustiniani. *L. ult. §. 1. C. de bo. quæ lib.* Paterfamilias si fit heres institutus, & is, adita hereditate, decedat, per eum hæc ipsa hereditas ad heredem eius pertinet, ut heres eius fit & heres testatoris iuxta regulam iuris antiqui. *L. ult. C. de hered. inst. L. 3. D. de her. pet.* Nos ergo hoc dicimus sive dominus, servo instituto adeunte, sive pater, adeunte, aut recusante filiofamilias, hereditatem quæsierit, sive hereditate heredi quæsita, aliquis ei heres extiterit: neminem ex his intelligi ad hereditatem vocatum his verbis substitutionis: *Quisquis mihi heres erit.* Non quod non possint dici heredes esse defuncto, sed quia non sint scripti, nec ex iudicio veniant, ut explicatur in *L. 3. L. qui liberis, §. ult. de vulg.* At enim hi significantur verbis. Sunt enim defuncto heredes. Testator autem verbis vocavit, quisquis sibi heres esset. Sed habent verba hunc sensum, inquit Ulpianus, ut non omnis, qui patri heres extitit, sed qui extitit ex testamento, vocatus videatur. *d. L. qui liberis. §. ult. de vulg.* Quo significat, verbis quidem contineri superiores: at non sententia testatoris. Nihil autem in testamento valet contra testatoris voluntatem. *L. quoties 9. in pr. D. de her. inst. L. 12. in fi. D. de leg. 1.* Voluntas coniicitur ex præcedentibus; cum in dubio hoc, quos heredum verbo intellexerit in substitutione, spectamus, num prius hoc verbo sit usus, & quos eo verbo significarit, iuxta præceptum. *L. si servus plurium 50. §. ult. D. de leg. 1.* Prius autem heredes insti-

nim in *d. C. 4.* quæritur, an uxor debeat admitti ex substitutione, quia illa omnino non, ac ne vulgariter quidem substituta est: sed an Publius Firmianus aliquid iuris habeat in casum pupillarem. Quod negatur ex dicta ratione.

3) Ratio *L. ult. C. de inst. & subst.* in vers. *Si enim sua substantia*, quæ movit Imperatorem ut sic statueret in casu, quo mater coheres filio data, cessat in aliis casibus. Nec obstat *L. 8. C. h. t.* quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum, non extenditur ad alium; seu vulgaris a milite facta non continet tacitam pupillarem, Donel. *ad d. L. 8. n. 5. & 6.* & consentit Henr. a Suerin. *Rep. lect. Cap.* 34. Vaud. 1. *Quæst.* 44. Bron. 3. *Ass.* 34. Bocer. *Lib. 2. de iure belli C. 24. p.* 130. Marc. Lyclama, *Lib. 1. Membranar. ecloga* 2. A. Fab. 15. *Coniect.* 9. adhuc strictius *d. L. ult.* accipit, ut eo tantum casu mater excludat substitutum, si coheres data filio non omni, sed postumo, & nominatim in eum casum, *si non nascetur:* secus si in alium casum, etiam postumo substituatur. Ratio est, ait, coniectura geminæ voluntatis. Una, quæ habetur in *d.* vers. *Si enim sua substantia, &c.* Altera: quia in ea specie *d. L. ult.* dupliciter defecit conditio. 1. Quia natus postumus. 2. Quia is heres factus. Et dici non potest cogitasse testatorem de heredit te matri adimenda, quia nulla est postumi hereditas, nisi nascatur. At substitutio illic facta in eum tantum casum si non nascatur. Diss. Cuiac. 21. *Obs.* 27. Vincent. Cabot 2. *Diss.* 18. qui tacitam pupillarem contineri quidem vulgari etsi mater sit pupillo, sed contra eam effectum non habere scribit, uti expressa. Ratio differentiæ: In expressa certum est substitutum præferri voluntate testatoris: In tacita incertum. Neque enim ea ex verbis est, neque ex probabili mente testantis, sed Lex tantum eum ita voluisse præsumit. Quæ præsumptio in gratiam matris renciitur. Vid. & Trentacinq. *de Subst. Par. 1. C.* 12. Ang. Matthæ. *Lib. 2. de Via Iur. C.* 16. & *Lib. 1. Epit. legat. Cap.* 12.

institutos sibi heredes esse iusserat. Quapropter cum postea vocat, quisquis sibi heres erit, his verbis eosdem illos, quos prius scripserat sibi heredes, vocare intelligitur. Quod attinet ad eos, qui instituti non exstiterunt heredes, sive, quod non delata, aut non adita intra tempus hereditate, decesserunt, sive quod sponte hereditatem repudiarunt, aperte 4 hi non vocantur. *d. L. qui liberis. in pr. de vulg.* satis enim constat, hos verbis ipsis excludi, ac non tantum sententia testatoris. Verum est enim, eos non esse heredes. Superiora autem verba vocant eum, qui heres erit. Ac ne sententia quidem testatoris heredes sunt; cum testator ita eos instituat, ut, non verbo, sed effectu sint heredes.

XII. Substituto ex hac substitutione defertur hereditas non statim, sed tunc, cum exstitit conditio substitutionis, similiter ut in vulgari fieri diximus. Id autem accidit, cum impubes institutus, heres exstitit, & intra pubertatem decessit. Ac prior quidem huius conditionis pars semper exstitere intelligitur, si impubes sit superstes patri. Nam impuberem in hac substitutione proponimus eum, qui fuerit in potestate morientis patris. *L. coheredi. §. cum filiæ. de vulg.* Hic autem suus heres. *§ sui Inst. de her. qual. & diff.* Porro sui heredes, mortuo patre, etiam ignorantes heredes exsistunt, atque adeo etiam inviti. *§. sui Inst. de her. quæ ab int. def.* sic fit, ut, his superstitibus, statim exsistat, ut dixi prior illa pars superioris conditionis. Nec quidquam nocuerit substituto, si postea impubes se abstineat hereditate. Semper enim iure manet heres, qui semel exstitit. *L. ait. §. sed quod Papinianus. D. de mi.* Sed nec abstentione impuberis minuitur potestas patris, quominus & hoc casu recte vocetur substitutus: nam qui potuit substitutum dare exheredato: multo magis potuit instituto, & heredi, quamvis postea omittenti. Posterior autem pars conditionis superioris quando exstitat, præceptis non indiget. Mors impuberis per se ipsa satis docebit.

XIII. Hereditate ex hac substitutione substituto delata, restat, ut quæratur, quid quantumque substitutio ei tribuat. Et tantum hic substituto defertur, quantum fuit pupilli, cum is moritur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum sit aliunde. Testamentum enim pupilli hic est. In quo substituitur heres bonis impuberis, non patris. De quo dixi initio. *L. sed si plures. §. ad substitutos. de vulg. Inst. de pup. in pr. vers. quo casu.* Excipimus substitutum arrogati, ad quem nihil amplius potest pertinere ex substitutione, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis, aut beneficio arrogatoris. *d. L. sed si plures. §. in arrogato. de vulg.*

XIV. Plures 5 si substituti sint impuberi; de partibus hereditatis idem servandum, quod in vulgari substitutione servandum diximus, cum plures uni, si heres non erit, substituti sunt. *d. L. qui liberis in fi. de vulg. §. substituitur, Inst. eod.*

CAP.

4) Admittuntur autem etiam secundo gradu scripti, *L.* 34. §. *1 h.* Et sufficit, semel exstitisse heredem testatoris ut ad successionem pupilli admittatur, etsi esse desierit. Exempla in *L.* 31. *L.* 43. §. *ult. h. t.* Utilitas enim exigit, ambiguam orationem ita interpretari, ubi incertum quomodo testator senserit. An sic. Quisquis heres erit & mihi nebit &c. Duar. *hoc tit. Cap.* 15. *f.* 393.

5) Et hic quoque coniuncti unius loco *L. 9. h. tit.* nisi voluntas testatoris contraria colligatur, aut ex verbis ut in *L.* 13. *præscript. de her. instit.* quod & fit si his verbis usus: *Quisquis mihi heres erit & Titius filio heredes sunto L. ult. C h. t.* Quisquis enim est verbum distributivum. Et sic non est contraria *d. L. ult. d. L.* 9 nec illa per hanc abrogata, quia in *d. L.* 9. verbis collectivis testator usus est, Duar. *h. t. C.* 16. *f.* 398. Diss. Govean. 2. *Var. lect.* 27. Tribonianum incusans, & *Lib.* 1. *Animadvers. ad d. L.* 9. frustra conciliationem quam scribens.

CAP. XXVII.

De ſubſtitutione mente capti. Sic hanc poteſtate ſubſtituendi introductam ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, ut multa ſint illi cum hac communia, diſſimilia non pauca. Quæ nam hæc ſint. A ſubſtituentis voluntate ubi hæc ſubſtitutio facta intelligatur: tum inde quid, cui, quando deferatur.

Pupillari finitimam ſubſtitutionem meute capti. Hanc qui nam, quibus facere poſſiut, & quatenus. I.

Huic quædam communia cum pupillari, quædam diſſimilia. Communia quatuor. Permitti parentibus liberis ſuis mente captis in ſecundum illum caſum ſubſtituere, ſi in eadem couſtitutione mentis deceſſeriut. II.

Hanc ſubſtitutionem hereditate teſtamentum filii, factione teſtamentum patris. III.

Huius conditioues cum ſuperiore communes tres. IV.

Ut ſint parentes qui ſubſtituaut. V.

Ut ne meute capti poſt mortem patris in alterius poteſtatem recidaut. VI.

Ut parentes ſibi prius teſtamentum faciant. VII.

Earum rerum, quibus hæc ſubſtitutio differt a pupillari, quædam poſitæ in perſouis, quibus ſubſtituitur, quædam in conditionibus ſubſtitutionis quibuſdam. VIII.

Pupillaris ſit liberis impuberibus etiam ſanæ mentis; hæc mente captis etiam puberibus. IX.

Mente captorum, quidam ſine furore, quidam cum ſurore, qui furioſi appellantur. Horum numero etiam prodigos haberi. X.

Cur in mutis, & ſurdis non idem ius ac iu mente captis. XI.

In couditionibus diſſimilitudo quadruplex. XII.

Pupillaris permiſſa ſolis pareutibus, qui in poteſtate impuberem habeaut; hæc parentibus quibuſcunque. Quid ſi omnes ſubſtitnant: nullius ne, an uuius ſaltem, & cnius nam ſubſtitutio valeat. XIII.

Matri ad ſecuudas uuptias tranſeuuti ſubſtituere demeuti filio uon licere. XIV.

Cur, cum ad exemplum pupillaris hæc ſubſtitutio introducta, non in hac tamen uti in illa patria poteſtas neceſſaria. XV.

Impuberibus ſubſtituere licere etiam exheredatis, mente captis nou niſi heredibus inſtitutis; & legitima portioue eis relicta. Quid ſi uon totam pater reliquerit. XVI.

Pupillari convenire hanc conditiouem ſi filius deceſſerit impubes; huic ſi mente captus. Illa pubertate; hæc reſipiſcentia expirat. Ut valeat, ſufficere dementem eſſe filium duobus temporibus, quo pater ſubſtituit, & quo moritur. XVII.

Quid ſi filius per id tempus, quo erat ſanæ mentis teſtamentum ſecerit. XVIII.

Impuberi licere quoſvis ſubſtituere; meute captis, ſi liberos habeant, omnes ſubſtitueudos, vel unum ſaltem. Itidem ſi fratres tantum. Neutris exiſtentibus quoſvis. XIX.

In voluntate eadem hic ſervanda ac in pupillari. XX.

Quid ex hac ſubſtitutione deferatur. XXII.

Cui. XXI.

Quaudo. XXIII.

I. Finitima eſt ſubſtitutioni pupillari ſubſtitutio mente capti, de qua cautum eſt conſtitutione Iuſtiniani. *L. humanitatis. C. de imp. & alior. ſubſt.* eſtque etiam ad exemplum ſuperioris introducta, ut additum eſt in §. *qua ratione, Inſtitut. de pup.* Itaque cum quæritur de hereditate ex hac ſubſtitutione deferenda, prope omnia hic obſervanda ſunt, quæ in pupillari, ſive de poteſtate ſubſtituendi quæritur, ſive de voluntate ſubſtituentis, ubi ſit hæc ſubſtitutio, & quid, cui, qnando inde deferatur. Non omnia tamen hic ſimilia, quæ ad poteſtatem ſubſtituendi, & vim ſubſtitutionis pertinent, nec omnia etiam, quæ hic ſimilia ſunt, ſatis expreſſa Iuſtiniani conſtitutione. Ut utroque nomine hæc pars ſubſtitutionis obſervationem, & explicationem iſtarum rerum propriam deſideret: quam breviter ſubiiciam. Summa iuris de hac ſubſtitutione conſtituti hæc eſt: Li-

cere parentibus liberis suis mente captis heredibus institutis, & legitima saltem portione his relicta, substituere heredem in secundum casum, si heredes erunt, & in eadem alienatione mentis decesserint. Sed substituere solum liberos mente captorum, si quos illi habeant, vel omnes, vel unum ex illis. Si liberos non habeant, substituere fratres vel omnes, vel unum. Quod si mente captis neque liberi sint, neque fratres, tum licere substituere his quoslibet heredes. In his multæ sunt cautiones ad vim huius substitutionis pertinentes parum explicatæ, quæ, ut dixi, animadversionis & enodationis indigent. Res tota ex similitudine, & dissimilitudine utriusque substitutionis commode intelligetur.

II. Habet ergo hæc substitutio cum pupillari communia quædam, quædam dissimilia. Communia sunt hæc quatuor. In primis res ipsa, & substitutio, quæ hic permittitur parentibus. Hæc genere conditionis eadem est. Permittitur enim parentibus substituere liberis in secundum illum casum, si liberi heredes erunt, ac deinde eadem constitutione mentis decesserint, quæ constitutio substitutioni caussam dedit. Non exprimitur hoc constitutione Iustiniani, sed ex his satis intelligitur. Primum Iustinianus profitetur statim ab initio constitutionis, humanitatis intuitu se hanc substitutionem indulgere parentibus. Nihil hac humanitate, aut indulgentia opus est ad substitutionem vulgarem, quæ omnibus testatoribus etiam maxime extraneis iure communi permissa est. *L. potest. D. de vulg.* Illic est opus, cum in secundum casum fit substitutio; in quem iure communi substituere non licet, lege duodecim tabularum prohibente de alienis bonis statuere. *L. verbis. D. de ver. sig. L. testandi. C. de testa.* quod tamen fit ita concepta substitutione. *Inst. de pup. in pr. ver. quo casu.* Intelligitur etiam ex eo, quod constitutio hanc substitutionem testamentum liberorum vocat, vetans contra id ullam querelam tanquam de inofficioso testamento oriri, quamvis parentes liberis substituerint quos voluerint, præterita forte liberorum matre, aut quibusdam liberis, vel fratribus mente captorum: idque ad exemplum pupillaris substitutionis. Et recte. Nam adversus hanc quoque etiam matri præteritæ inofficiosi querela denegatur. *L. Papinianus. §. sed nec. D. de inof. test.*

III. Ideo autem hæc substitutio testamentum liberorum dicta, quia his hac substitutione heres instituitur sub illa conditione, si heredes erunt, ac postea decesserint. Qua ratione & pupillarem substitutionem, quæ in eum casum concepta est, testamentum pupilli dici initio eius substitutionis supra ostendimus. Apertius idem intelligitur, cum dicitur substitutio finiri ad exemplum pupillaris substitutionis. *§. qua ratione. Inst. de pup.* Non finitur pupillaris substitutio, nisi hac conditione, si liberi intra pubertatem decesserint: ut substituti semper sint heredes pupillis, sive hi heredes fuerint, sive fuerint exheredati. Huius autem concessi vis observanda. Nempe hæc substitutio hereditate testamentum est filii, & hoc declarat, parentem liberis mente captis ita substituere posse, ut substituat bonis liberorum omnibus non suis tantum. Nam & id efficit conditio in secundum casum concepta in substitutione pupillari, & hanc ipsam significationem habet, quod dicitur testamentum, ut suo loco diximus. *L. sed si plures. §. ad substitutos. D. de vulg. Instit. de pup. in pr.* At rursum factione testamentum patris est hæc substitutio: pater enim facit. Quod eo pertinet, ne ii testamento præteriti possint oppugnare testamentum ut inofficiosum, qui de parentis testamento queri non possunt. Quod & cavetur hac constitutione, ut paulo ante verba constitutionis sunt interpretatus. Ac res communis hæc est.

IV. Sunt & conditiones huius substitutionis cum superiore communes tres.

V. Prima est, ut sint parentes, qui liberis mente captis hoc modo substituant, quod constitutione expressum est.

VI. Secunda, ut liberi, quibus substituitur, mortuo parente, qui substituit, sui iuris futuri sint; id ipsum, quod & in substitutione liberorum impuberum exigitur. *L. 2. de vulg.* Hoc constitutione expressum non est, sed significatur eo, quod hæc substitutio testamentum est liberum, ut constitutio vocat. Inde enim intelligimus non posse hoc modo substitui liberis, nisi iis, qui possunt testamentum habere. Qui autem sunt in potestate alterius, hi ut testamentum habere non possunt, sic nec heredem ex testamento. *L. pen. L. ult. C. qui test. fac. pos.* Fac ergo, filium mente captum habere patrem, cuius in potestate est. Matrem substituere mente capto hoc genere substitutionis, ut potest: de quo mox. Dicendum est, mortua matre, si pater superstes sit, substitutionem evanescere: quia mente captus in potestate patris sit mansurus. Multo magis idem dicendum, si avus

avus in hunc casum nepoti mente capto substituerit, deinde avus moriatur superstite filio, & nepote. Sic enim nepos recidit in potestatem patris. *Inst. quib. mod. ius pat. pot. sol.*

VII. Tertia conditio cum superiore substitutione communis est, ut pater prius sibi testamentum faciat, sitque id, ex quo deferatur, & adeatur hereditas, priusquam locus sit substitutioni. Alioqui nec substitutio valeat: iisdem tamen illis conditionibus, quibus substitutionem pupillarem hoc casu non valere, aut sustineri diximus, cum de hac parte in ca substitutione ageremus. Ut quæ illic dicta sunt, velimus hic quoque omnia intelligi. Nihil horum expressum est constitutione Iustiniani, sed intelliguntur ex eo, quod institutio permittit substituere liberis in secundum casum ad exemplum pupillaris substitutionis. In huiusmodi institutionibus ipsum illud substituere, quod lex permittit, hoc continet, ut prius debeat pater sibi testamentum facere. Significat enim debere patrem heredem alium instituere primo loco, sic deinde filio secundo loco, ut est substituti significatio, & definitio in *L. 1. D. de vulg.* Non exigitur autem, ut pater instituat istum heredem primum filio: quoniam permittur tantum huic substitui. Ex quo intelligitur hoc exigi, ut pater sibi heredem illum instituat, ac sibi habeat. Quod si exigitur, simul exigitur & illud, ut instituat testamento, & eo quod valeat: quoniam aliter hereditas a defuncto non datur. *L. hereditas, C. de pac. cov.* Denique hanc ipsam significationem esse verbi substituendi in huiusmodi substitutionibus, quæ fiunt liberis, diserte scriptum est in *L. 2. in fi. D. de vulg.* Sic enim illic Ulpianus: Quod igitur, inquit, dictum est, singulis liberorum substituere licere, ideo adiectum est, ut declaretur, non esse a filii testamento incipiendum impuberis. Prius autem posuerat patrem debere a suo testamento incipere; usque adeo, ut si patris testamentum non valeat, substitutio nulla sit. In §. *prius*. & deinceps.

VIII. Sed ut hæc communia cum superiore substitutione: ita, ne omnia congruere putemus, pleraque sunt dissimilia. Distant autem & personis, quibus substituitur, & conditionibus substitutionis quibusdam.

IX. In primis distant personæ, quibus fit substitutio, quod constat. Nam pupillaris substitutio fit liberis impuberibus sanæ mentis. Hæc mente captis etiam puberibus. §. *qua ratione. Inst. de pup.* Sed mentecaptos liberos esse oportet, quibus hoc genere substituitur, ut expressum est in *d. §. qua ratione.*

X. Mente capti quidam sunt sine furore; quidam cum furore, quos speciali vocabulo appellamus furiosos. Proinde ad illos quidem sine controversia, sed & [1] ad furiosos hæc constitutio pertinet. Et quidem ad hos multo magis: sive quia in acerbiore casu digni sunt maiore commiseratione; quæ res facit, ut magis, aut æque in hac re illis prospici debeat: quod propositum fuit Iustiniano, ut declaratur in *d. §. qua ratione:* sive quia verbum mente captorum in primis furiosos continet. Nam & hi sunt mente capti: nec furor accedens facit, ut minus tales sint, sed ut magis. Quod eo dicimus, quia distinguuntur mente capti a furiosis in *L. si furiosi. C. de nupt.* Sed distinguuntur ut species a genere. Mente capti genus est: huius species furiosi. Non omnes mente capti furiosi: at omnes furiosi, iidem mente capti. Furiosorum numero habentur [2] prodigi in bonorum administratione. *L. his qui §. ult. D. de tut. & cur. dat.* Dicemus igitur, & his ut furiosis eoque & mente captis substituere licere: non solum humanitate, cuius constitutio meminit, ita suggerente: sed etiam ita postulante mente capti significatione.

XI. De mente captis liberis constitutio scripta est. Proinde ad liberos, qui sint sanæ mentis, non pertinet. Quid, si hi similiter sibi testamentum facere non possint: ut muti, & surdi? Verbis ne ad hos quidem pertinere constitutionem cer-

tnm

1) De differentia furiosi, & mente capti vid. Forest. *Dial.* 33. *n.* 5. & quomodo a demente insano differat furiosus Ræver. 3. *Conlect.* 18. Furioso autem sic substitui posse communis omnium opinio est, solo Angelo *in L.* 43. *h. t.* reclamante Massin. *in L.* 9. *C. h. n.* 83.

2) Ita & noster Don. *ad L.* 9. *C. h. n.* 5. Coras. *ibid. n.* 11. Duar. *h. t. C.* 19. *in fin.* Et hæc sententia receptior, testantibus Gomezio 1. *Var. resol.* 6. *n.* 5. Trentacinq. *P.* 3. *C.* 4. *n.* 6. & Vasq. *ill. Contr. C.* 37. *n.* 8. qui tamen contra sentit, ut & Massin ad *d. L.* 9. *n.* 89. *& seqq.* & ex aliis rationibus, & ea maxime quia sic suo vitio commodum consequeretur prodigus. Cui enim puberi filio si prodigus non esset, substitui non posset, ei prodigo, posset: & sic, quod utile creditur, haberet heredem testamentarium. Quæ tamen ratio recte expensa nulla est. Quod enim hic dices commodum prodigi, quo careret, vitio eo liber. Quod heredem habet ex testamento, dicis, quod illi fecit pater. At, inquam, nisi esset prodigus, habere posset heredem ex testamento suo. Non enim facit hæc substitutio, ut filiusfamilias testatus decessisse videatur. Nam, si vivo patre, cuius in potestate est, decedat, non potest effectum sortiri substitutio: ne quidem in bonis, quæ plena proprietate illius, cui hæc substitutio facta est, fuerunt. Nam nec hæc valet, nisi adita ex testamento patris substituentis hereditate, nec adiri potest viventis, &c.

tum est. Sed nunquid ad eos sententia saltem constitutionis porrigenda est? non enim hi magis testamentum sibi facere possunt, quam mente capti, & impuberes. Constat autem ideo primum introductam esse pupillarem substitutionem, quia videretur humanum esse, ut cum liberi per ætatem sibi testamentum facere non possent, parentes eis facerent. *Inst. de pup. subst. in pr.* Quod si in surdis & mutis eadem ratio est, quidni sententiam legis ad hos quoque porrigamus, statuamusque id, quod est iuris certi, in quibus caussis eadem ratio est, etiam in his idem ius intelligi debere? *L. illud. D. ad leg. Aqui. L. non possunt.* & *L. seq. D. de legi.* Et conveniret id admitti, nisi hic ius esset [3] singulare, constitutum contra rationem iuris communis: ubi testator alienis bonis substituit, non suis contra legem duodecim tabularum. *L. verbis. D. de verb. sign. L. testandi. C. de testam.* Quod ita constitutum est, placet non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero.* & *LL. 2. seqq. D. de legi.* Idque licet intelligere ex substitutione pupillari: quæ cum ab initio fuisset introducta, ut cum impuberes sibi testamentum facere non possent, parentes eis facerent: *Inst. de pup. in pr.* nemo tamen fuit ante constitutionem Iustiniani, qui hoc ius propter similitudinem produceret ad liberos puberes mente captos. Unde & a Principe hoc impetrabatur in cæteris liberis, qui sibi testamentum facere non poterant, ut his parentes facerent. *L. ex facto D. de vulg.* ut propterea necessaria fuerit Iustiniani constitutio, quo admitteretur iure communi eadem substitutio, in mente captis. Quapropter hæc recepta in mente captis dumtaxat, ad alios, in quibus eadem difficultas testandi sit, non pertinebit.

XII. Distant præterea hæ substitutiones certis conditionibus, & certis rebus quatuor: potestate parentum; institutione liberorum; conditione substitutionis propria, & persona substituti. Ex quibus potestas parentum detrahitur huic substitutioni; tres sequentes adiiciuntur præter formam, & naturam substitutionis pupillaris.

XIII. Potestate parentum ista hoc distant, quod parentibus ita permittitur substituere liberis impuberibus, si impuberes in potestate habeant. Mente captis omni modo, sive hi sint in potestate, sive non sint. Permittitur enim hoc fœminis, ut [4] matri, & aviæ. Constat autem fœminas liberos in potestate non habere. *§. feminæ. Instit. de adopt.* Id initio constitutionis non satis est expressum; ubi generaliter quidem parentibus permittitur hoc genus substitutionis: ita, ut quod dicitur de parentibus, ex similitudine substitutionis pupillaris possit referri ad eos parentes tantum, qui habent liberos in potestate. Verum declaratur, quod dixi, in extremo, cum permittitur hæc substitutio parenti, qui, vel quæ testatur: testatori, vel testatrici. Quæ verba palam est ad utrunque sexum referri. Unde eveniet, ut si mente captus habeat eodem tempore patrem, matrem, avum, & aviam, omnes in ea caussa sint, ut possint huic filio heredem substituere in secundum casum ex hac lege. Et si quidem unus aliquis ex his solus testamentum fecerit mente capto: nihil proponitur, cur substitutio non valeat. At quid, si omnes substituere velint? Non licet; ne incipiat mente captus plura testamenta eodem tempore constituta habere. Quod ius non concedit. *L. quærebatur, D. de test. mil.* Quid tamen si omnes testamentum dementi fecerint? Iam dixi simul omnia consistere non posse. Sed an unum saltem ex his valebit? Et putem unum saltem valere, cum uni testamento ius non adversetur. Cuius ergo valebit? Dicemus [5] probabiliter, si ex his parentibus unus sit, qui filium mente captum in potestate habeat, huius iudicium præferendum. Nam & id adfert patria potestas in substitutione pupillari: & par est plus ei tribui, in quem concurrunt naturalia sanguinis, & civilia potestatis iura. *arg. in §. sed hodie, in fi. Inst. de adop.* Sin omnes, qui dementi substituerunt, iure potestatis pares sint, quia nemo mente captum in potestate

3) Ita & noster *ad d. L. 9. n. 5.* Massin. *ibid. n.* 103. *& seqq.* Vasq. *ill. Controv.* 37. *n.* 10. Mattheac. *Epit. legat. Lib. 1. C.* 13. *n.* 2. Diss. Mynsing. *in pr. l. h. n.* 5. P. Greg. 42. *Synt.* 24. *n.* 15. Goth. *in d. L.* 9.

4) Duaren. *h. t.* C. 18. At cur pupillariter nequit mater substituere? Resp. Duar. Pupillarem non ausi prudentet aperte contra ius matri permittere. Iustiniani autem maior auctoritas. Errat itaque Vult. *in pr. I. de pupill. n.* 5. negans, *d. L.* 9. ad matrem extendi debere. Potest autem fieri hæc & emancipatis, arg. eius, quod mater potest: non tamen naturalibus liberis, Duar. *h. t. Cap.* 19. Coras. *ad L. 9.* C. *h. n.* 7. contra tamen Sichard. *ibid. n.* 6. Vasq. *ill. Contr.* 106. *n.* 125. *& seq.* & communiter DD. testante, & probante Massin. *in d. L. 9. n.* 129. Non tamen patri furioso a filio, Duaren. *d. C.* 19. Trentacinq. *Par.* 3. *L.* 3. *n.* 2. Massin. *ad d. L. 9. n.* 74. *& seqq.* ubi *n.* 81. dicit, alias sequi hoc absurdum, quod interdum filius, maxime si unicus esset, posset, immo deberet, se ipsum substituere.

5) Duar. *h. t. C.* 18. Coras. *ad d. L. 9. n.* 6. Diss. Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 15. vide P. Greg. 42. *Synt.* 24. *n.* 7. *L.* Trentacinq. *Par.* 3. C. 3. *n.* 3. *& seqq.* & an si facta sit substitutio a matre adhuc vidua, finiatur eius secundis nuptiis, Massin. *ad d. L. 9. n.* 183. *& seqq.* ubi hoc recte negat.

ſtate habeat, tum rationem facere, ut iudicium patris materno, & qui propiores ſunt gradu, præferantur remotioribus, niſi quid admodum ſit in conditione patris, cur is præferri non debeat. Quod iudici æſtimandum erit. Argumentum in *L. 2. §. obiicitur, D. ad Tertyl.*

XIV. Sane de matre hic recte vulgo præcipitur, matrem viduam ita demum ſubſtituere poſſe filio dementi, ſi non venerit [6] ad ſecundas nuptias. Ei autem, quæ vitricum induxerit filio, non permitti hoc modo ſubſtituere. Hoc argumento, quod ei mulieri denegatur legibus bonorum filii adminiſtratio. *L. lex quæ, §. pen. C. de adm. tut. L. 1. C. ubi pup. ed. deb.* Quod ſi adminiſtratio ſola: multo magis ut poſſit de bonis ipſis filii ſtatuere, quod facit in hac ſubſtitutione parens filio heredem inducendo.

XV. Sed cur non item hic exigitur, ut liberi ſint in poteſtate parentis: cum ſubſtitutio ſit introducta ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis? non alia ratio hic quærenda eſt, quam voluntas conſtituentis. Alioqui quæremus etiam, cur Iuſtinianus permiſerit tantum ſubſtitutionem hanc in mente captis, non in furdis, & mutis. Item cur ſequentes conditiones adiecerit in hac ſubſtitutione, quæ non requiruntur in ſubſtitutione pupillari. Et res ita habet: quod permittitur parentibus hæc ſubſtitutio, beneficium eſt Iuſtiniani. Licet unicuique beneficio ſuo eum modum ſtatuere, quem velit.

XVI. Dutant hæ ſubſtitutiones inſtitutione liberorum. Liberis namque impuberibus ſubſtituere licet: ſive inſtituti ſint, ſive exheredati. *§. non ſolum. Inſtit. de pub.* Mente captis non licet [7] niſi heredibus inſtitutis, & [8] legitima portione eis relicta. Ne hoc quidem ſatis expreſſum conſtitutione, ſed efficitur his verbis, quibus permittitur parentibus ſubſtituere liberis legitima portione eis relicta. Ineſt enim in his verbis hæc conditio, ſi legitima portio eis relicta ſit. Vis hæc eſt ablativorum abſolute poſitorum, ut reſolvantur in orationem conditionalem. *L. a teſtatore. D. de cond. & dem.* Hac conditione non exigebatur olim, ut inſtituerentur liberi heredes: quoniam ad vitandam inofficioſi querelam potuit legitima quovis titulo relinqui. *L. Papinianus. §. ſi quis mortis. D. de inoff. teſt.* Hodie niſi inſtitutis non recte relinquitur ex poſteriore conſtitutione Iuſtiniani, *Novel. ut cum de appel. cog. §. aliud quoque.* Quod cum ita nunc ius ſit, poſteriorem hanc conſtitutionem ad priorem illam, de qua agimus, trahi oportet, & eam ſic intelligi, quaſi dictum eſſet, ſi liberi heredes inſtituti ſint, & ſimul portio tota legitima his relicta. Sic enim ius eſt, ut placeat priores leges ad poſteriores, & poſteriores ad priores trahi, quo aliæ ab aliis interpretationem, & temperamentum accipiant. *L. non eſt novum. L. ſed & poſteriores. D. de legi.* Plane ſi parentes, liberis exheredatis, nihilominus his legitimam portionem reliquerunt, legi Iuſtiniani ſatisfactum eſt, & ſubſtitutio valebit. Utcumque eſt, talem ſuperioribus verbis hoc efficitur, ad vim huius ſubſtitutionis relinqui oportere liberis, quibus ſubſtituitur, legitimam portionem. Quid ſi pater totam legitimam illis non reliquerit? Verius eſt ſubſtitutionem non valere ex hac lege. Quidquid enim conceditur ſub conditione, ut hæc ſubſtitutio parentibus: ſub contraria conditione denegari intelligitur: nihil ut intérſit, utrum ita dicam: concedo, ſi legitima portio his relicta ſit; an vero, ſi legitima portio relicta non ſit, non concedo. *L. quibus. §. 2. D. de cond. & dem.* Non moveor, quod conſtitutum eſt *L. omnimodo. C. de inoff. teſta.* ut ſi filius inſtitutus ſit ex minima parte, valeat inſtitutio, quaſi tota legitima portione relicta: quoniam eadem conſtitutione poteſtas fiat agendi ad reliquum legitimæ, quo ea impleatur ex lege. Sane enim valet hoc modo inſtitutio, & relictum filio, ſed non ideo inſtitutio facta ei, cui legitima ipſa relicta non ſit. Inſtitutio valet quia ius hanc tuetur. *d. L. omnimodo.* Non valet ſubſtitutio, quia eſt adverſus *L. humanitatis. C. de imp. & al. ſubſt.* quæ hoc exigit ad ſubſtitutionem, ut liberis relicta ſit legitima portio. Quidquid autem lex conſtituerit de legitima portione ſupplenda, effeceritque ut filius eam haberet: poterit dici, eam portionem haberi a filio: at illud dici non poteſt, eam eſſe relictam: quod lex exigit.

XVII. Differunt ſubſtitutiones conditione propria utriuſque ſubſtitutionis. Convenit ſubſtitutioni pupillari hæc conditio, ſi filius impubes deceſſerit: quandoqui-

6) Quia cum verba legis deficiunt, confugiendum ad iuris rationem. Excipitur tamen niſi mater in bonis ſuis ſubſtituat Duar. *d. c. Cap.* 18. vid. Connan. 10. *Comm.* 8. n. 15.

7) Diff. Forcat. *Dial.* 33. *n.* 5. Vaſq. *ill. Contr.* 206. Maſſin. *ad d. L.* 9. *n.* 149. *& ſeq.*

8) Ita & noſter *ad d. L.* 9. *n.* 8. Contra Maſſin. *d. loc. n.* 143. *& ſeqq.* de communi atteſtans.

doquidem non nisi impuberi substituitur. Substitutioni mente capti conveniens conditio hæc, *si mente captus decesserit:* quando & hic non substituitur nisi mente capto. Hæc conditio modum substitutioni facit. Ut igitur finitur pupillaris substitutio pubertate: sic substitutio mente capti [9] resipiscentia. §. *qua ratione Inst. de pup.* Hinc dubitatio ex verbis legis. Quid [10] enim, si filius mente captus, cui substitutus datus erat, resipuerit primo, deinde in eamdem alienationem mentis reciderit? dicemusve evanuisse substitutionem, quia verum sit semel filium resipuisse, quod ex constitutione satis est, ut finiatur substitutio: an vero hanc valere, quia filius decesserit mente captus, quæ conditio erat substitutionis? Et si filius moriente patre testatore sit adhuc sanæ mentis; aperte evanuit substitutio, quantumvis postea in eumdem morbum incidat, in quo & decedat. Ut enim in pupillari substitutione ad vim substitutionis non est satis impuberem esse impuberem, & in potestate patris tunc, cum fit substitutio: sed & tempore quoque mortis patris talem esse oportet; alioqui substitutio fit irrita. *L. coheredi.* §. *cum filiæ. D. de vulg.* Sic in substitutione mente capti, quæ fieri non potest nisi mente capto, nisi mortis quoque patris tempore filius sit mente captus, quo dici possit, patrem substituisse mente capto; substitutionem irritam esse oportet. Quod, si vivo patre, hæc contigerint, ut filius & resipisceret, & rursum in eamdem alienationem incideret: magis est, ut valeat substitutio. Vere enim dicetur, eum efficaciter non resipuisse, qui ita resipuit, ut postea morbus recurreret. Verba autem in legibus cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. *D. quod quisq. iur.* Præterea in persona heredis, cum exigitur, ut sit cum eo testamenti factio; satis est esse duobus temporibus vivo testatore; & quo testatur, & quo moritur: mediis autem temporibus mutatam esse conditionem heredis nihil nocet: *L. si alienum.* §. 1. *L.* 6. §. *solemus. D. de hered. inst.* Sic in hac substitutione, cum in persona filii exigitur, ut sit mente captus, quo valeat substitutio: sufficiet ad eam rem duobus temporibus filium esse mente captum; quo pater substituit, & quo moritur; nec media tempora nocebunt.

XVIII. Hoc tamen sic accipiemus, nisi filius per id tempus, quo erat sanæ mentis, testamentum fecerit. Constat enim, id testamentum ab initio valere, & quod semel recte factum est, furore postea incidente non perimi. §. *furiosi. Inst. quib. non est per. fac. test.* Quod si id testamentum valet, necesse est evanescere testamentum, quod pater ei fecit. Nemo enim duobus diversis testamentis decedere potest iure communi. *L. querebatur. D. de test. mil.* Nisi forte quis putat, si unum ex his infirmandum est, potius retineri debere substitutionem a patre factam. Quod defendi non potest: sive quod posteriore testamento recte facto rumpitur prius. *L.* 1. *L.* 2. *D. de iniust. rupt. testam.* Sive quod non potest valere substitutio, quin auferatur homini sanæ mentis ea potestas testandi, qua prius iure est usus. Hoc autem, iniquum, & minime iuri civili conveniens. *L. ex facto. in pr. D. de vulg.*

XIX. Postremo distant hæ substitutiones conditione substituti. Nam si mente capti, quibus substituitur, liberos habent, hi substituendi sunt. Si sine liberis habent fratres, & hi substituendi. Quibus omnibus non exstantibus, licet substituere quoslibet, ut constitutione expressum est: cum in substitutione pupillari liceat quotvis substituere filio, ut, præterito etiam fratre impuberis, nulla sit ei querela adversus testamentum fratris. *L. Papinianus,* §. *sed impuberis, D. de inofficiof. testament.* Illud notandum, quod in constitutione adiicitur, si plures sint liberi, aut plures fratres mente capto, non esse necesse omnes mente capto substituere; satis esse substituere [11] vel unum ex illis, ut substitutio valeat. Quod eam significationem habet, ut valeat, quamvis reliqui, qui substituti non sunt, non sint exheredati. Non enim de reliquis exheredandis quidquam constitutione exprimitur. Hoc amplius & eos impune præteriri hoc ipso vult constitutio, quod adversus eam substitutionem querelam inofficiosi denegat. Nam, quibus daretur hæc querela, nisi liberis præteritis, aut immerito exheredatis, interdum & fratribus? *L.* 1. 2. 3. *D. de inoffic. testam* Nec quem moverit, quod præteritis liberis, id est, neque institutis heredibus, neque exheredа-

9) Item susceptis liberis post substitutionem *L.* 43. *Pr. h. t.* Duar. *h. t. C.* 21. Massin. *in d. L.* 9. *n.* 50. *&* *n.* 165. *&* *seq.*
10) Vid. Forcat. *dial.* 32. *n.* 3. *&* 4. Coras. *in L.* 9. *C. h. n.* 18. Massin. *ibid. n.* 150. *& seqq.* ubi *n.* 164. eodem fere modo distinguit.

11) Ita & noster ad *d. L.* 9. *n.* 9. & Massin. *n.* 198. *& seqq.* Sed dura hæc, & nullatenus amplectenda sententia. Sic enim adversus patris casus filiis eo magis luctuosus esse poterit; & constitutio Iustiniani humanitate innitens, ad iniquitatem trahetur. Verior igitur est contraria opinio, eademque ut humanior, & æquior, ita receptior, quam confirmat Trentacinq. *Par.* 3. *C.* 5. *n.* 5.

redatis, testamentum patris nullius momenti est, si liberi sint in potestate patris. *L. inter. D. de libe. & post. Instit. de exhered. lib. in princ.* Hoc enim ius ad ea testamenta pertinet, quæ pater ipse fecit, & cuius iniuria plectitur, quod filios non instituerit, aut exheredarit. *Instit. de exhered. lib. in pr.* Hic autem ita mente capti patris testamentum est, ut tamen avus, idemque pater mente capti ei fecerit; ut factione, & iniuria, si qua hic est, testamentum sit avi, non mente capti filii. Quamobrem etiam placet, huiusmodi testamenta aliorum præteritione non infirmari. *L. Papinianus, §. sed nec, D. de inoffic. testa.* Atque hæ res sunt, quibus constat potestas huius substitutionis. Ex qua intelligimus quid hic parenti liceat, & ubi valeat substitutio.

XX. Reliquum est ad deferendam ex hac substitutione hereditatem itidem ut in aliis institutionibus, & substitutionibus, ut quæratur de voluntate, & facto parentis substituentis, an substitutio hic facta sit, tum inde quid, cui, & quando deferatur. Qua in parte omnia eadem citra exceptionem servanda sunt, quæ in pupillari substitutione diximus. Si exprimitur verbis substitutio, eodem modo exprimitur; puta aut expressa conditione substitutionis, aut verbo generali substituo; eademque hic verborum interpretatio futura est. Si non exprimitur; puto [12] intelligi eadem illa conditione, si pater filio mente capto in primum casum substituit hoc modo, si filius heres non erit, Titius heres esto. In hunc casum substitutus impuberi, etiam in alterum substitutus videtur, ut est constitutum. *L. 4. D. de vulg.* Proinde eodem casu expresso in substitutione mente capti, similiter & alterum contineri intelligendum est, ubi & voluntas patris erga filium, & utilitas filii in substitutione eamdem admittunt interpretationem. Sed & hoc prioribus legibus inesse creditur, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt. *L. ideo quia, D. de legi.* Nihil ad rem pertinet, quod placet id quod contra rationem iuris communis introductum est, non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero, D. de legi.* Esto enim, ipsa substitutio pupillaris sit adversus rationem iuris communis introducta: quia hic statuitur de alienis bonis, contra legem duodecim tabularum, & ius commune aliorum civium Romanorum. Quam ob caussam etiam concedo non esse trahendam ad exemplum in aliis, qui similiter ut impuberes testari non possunt. Unde etiam, ut admitteretur, aperta constitutione Iustiniani id permittentis opus fuisse videmus. At certe illud non est ius singulare, nec contra rationem iuris constitutum, quod placet, primum casum substitutionis expressum porrigi ad alterum in substitutione pupillari: sed continet naturalem interpretationem, & coniecturam voluntatis. Verisimile est enim, patrem, qui in primum casum substituit filio impuberi, velle etiam eumdem & in alterum casum substitutum filio, ob eas caussas, quas reddidimus supra in hac parte substitutionis pupillaris. Atque hanc coniecturam Imperatores constitutione sua confirmarunt.

XXI. Defertur ex hac substitutione hereditas substituto. In quo cum iisdem verbis designentur, vocenturque substituti, quibus in substitutione pupillari, aut in aliis solent, nimirum hic eadem & verborum interpretatio futura est, quæ illic est tradita.

XXII. Defertur hinc substituto hereditas non patris, sed filii mente capti: id est omnia bona filii, non tantum quæ a patre habuit, sed etiam quæ ad illum pervenerunt aliunde. Non exprimitur hoc constitutione: sed satis intelligitur ex eo quod substitutio vocatur testamentum filii, & ex aliis rebus, de quibus dixi initio.

XXIII. Quando hinc deferatur hereditas conditio ostendit. Tunc enim defertur, cum conditio exstiterit. Ea autem est, si liberi mente capti heredes erunt, & mente capti decesserint. Quorum prius supra expositum est tum in vulgari, tum in pupillari substitutione. Posterius per se patet natura.

12) Exemplarem tacitam præsumptam vocat, Massin. *in. d. L. 9. n.* 28. ubi *n.* 29. aliam statuit tacitam probatam, eo casu, quo duo filii, unus impubes, alter pubes sibi invicem substituti, quando alter coniecturis probat, hanc fuisse patris mentem, licet præsumptæ eo casu locus non sit *L. 4. §. 2. h. t.* Etsi impuberi hæc fiat, (fieri autem posse probant quoque Duar. *h. t. C.* 19. Forcat. *Dial.* 32. *n.* 1.) etiam tacitam pupillarem in ea contineri, Massin. *d. loc. n.* 44. *& seq.*

CAP. XXVIII.

De teſtamento militari. Privilegio id donatum eſſe, ut quocunque modo miles teſtatus ſit, ita ratum ſit teſtamentum. Beneficium hoc quale, & quam liberum: Quibus militibus tributum: Qua conditione: De quibus bonis.

Epilogus, & tranſitio. I.
Uti quiſque miles in expeditione occupatus de bonis ſuis teſtatus, ita ius, ratumque eſſe. Quare. II.
In hac definitione quatuor ſpectanda. III.
Qualemcunque voluntatem ſupremam militis ratam haberi. Hoc obſcurius, quia brevius. Ut eſſet certius, quid veteres, quid Auctor fecerit. IV.
Quæ de teſtamentis iure communi cauta ſint, ea remiſſa militibus quibuſcunque: etiam mutis, & ſurdis, & de ſtatu ſuo dubitantibus. Itidem filiis familias; nec non damnatis capite, dummodo ex militari delicto. Non item pupillis. V. VI.
Quid ſi miles inceptum iure communi teſtamentum non perfecerit. VII.
De voluntate militis conſtare debere vel ſcripto eius qualicunque, vel duobus ſaltem teſtibus. VIII.
Militi ſive iure, ſive iniuria liberos exheredare licere; item præterire, ſi ſciat, ſe habere. Secus ſi ignoret. IX.
Ad infirmandum teſtamentum ſolam militis voluntatem ſufficere. Eo invito, præter quam ex maxima, & media capitis deminutione, nullo modo infirmari; ne alio quidem teſtamento poſtea facto, si & prius valere velle declaret. X.
Miles etiam eos, quibus cum teſtamenti factio non ſit, inſtituere poteſt: excepto ſervo pœnæ. XI.
Item ex re certa, vel ex die, vel ad diem, aut conditionem. XII. XIV.
Quantum cuique heredi ab initio dederit, tantum illos habere: nihil amplius; ne ex eventu quidem. XIII.
Poteſt cum extraneis directo in ſecundum caſum, & ad certum tempus ſubſtituere; tum filio quamvis ſibi prius teſtamentum non fecerit. XV. XVI.
Item ultra dodrantem legare. XVII.
Hæc militibus conceſſa dum nihil ſtatuant contra ius, & bonos mores. XVIII.
Tria uti turpia improbari. XIX.
Inſtitutiones captatoriæ. XX.
Datum ei mulieri, in quam turpis ſuſpicio cadat; & quatenus. XXI.
Turpis conditio inſtitutioni, aut legato adiecta. Quo in numero & iuriſiurandi conditio. XXII.
Contra ius eſſe, militem de alienis bonis ſtatuere; ab eoque ſubſtituto legare, quem dederit exheredato filio impuberi, huic licet ampla legata reliquiſſet. Quatenus ei in ſecundum caſum ſubſtituere permiſſum. XXIII.
Item tutorem dare aut filio, qui in poteſtate avi; aut nepoti in poteſtatem filii recaſuro. XXIV.
Demum in fraudem creditorum manumittere; fundum dotale legare. XXV.
Militum genera duo: quoſdam, qui tuentur rempublicam armis; quoſdam aliter ſine armis. XXVI.
Priores proprie milites. XXVII.
Poſteriores per ſimilitudinem quandam priorum. Hi qui ſint. XXVIII.
Ne hi quidem penitus in hoc genere ſine privilegio. Duo data; & quæ nam. XXIX.
At liberum teſtandi ius ſolis prioris generis militibus tributum. XXX.
Quare. XXXI.
Quando milites eſſe incipiant, & quandiu maneant. Eos detinere eſſe duobus modis, & quibus. XXXII.
Ad confirmationem teſtamenti militaris, oportere ut miles fecerit, & ut maneat teſtamentum militis. Quid ſi quod fecerat, poſtea miles factus dicto aliquo, vel facto probarit: puta aliquid ei adiiciendo, vel detrahendo. Interpretatio §. teſtamentum, L. In fraudem, D. de teſtam. milit. XXXIII. XXXIV.
Poſt miſſionem factum non valere ne quidem ad annum. XXXV.
A milite factum, valere poſt miſſionem intra annum tantum. XXXVI.
Hoc anni ſpatium his ſolis datum, qui miſſi ſunt militia. XXXVII.
Non tamen ob quamcunque miſſionem, ſed honeſtam, & cauſſariam. XXXVIII.
Quid ſi intra annum quis deceſſerit, conditio autem heredi adſcripta poſt annum extiterit. XXXIX.
Ut hoc privilegio milites utantur, requiri

quiri praeterea duas conditiones, quarum una huius testamenti propria, ut in expeditionibus sint occupati. XL.
Expeditio quae. XLI.
Altera conditio omnium testamentorum communis, ut constet, testamentum factum esse. XLII.
Id constare aut scriptura, aut testibus. XLIII.
Scriptura quaevis militis idonea, dum intelligatur, & constet, eius esse. XLIV.
Testes duos sufficere. XLV.
Has duas conditiones non pertinere ad privilegia militibus in bonis castrensibus, & quasi castrensibus concessa. XLVI.
Militem in expeditione occupatum testari posse de omnibus suis bonis tam castrensibus, quam paganicis. XLVII.
Duos excipi, quibus de solis castrensibus testari permissum. XLVIII.
Filiumfamilias, qui etiam de quasi castrensibus testatur. XLIX.
Militem capitis damnatum ex militari delicto. L.
Uti declaretur, quae sint castrensia bona, quae delicta militaria. LI.

I. HUcusque exposita est ratio deserendae testamento hereditatis iure communi, & directo. Est autem haec summa: Voluntate eius, de cuius bonis agitur, hereditatem iure communi deferri testamento. Deferri non quovis, sed iusto. Iustum esse, in quo eae leges ordinationis servatae sint, quas ius praescribit, & de quibus ordine diximus. Si tamen hoc etiam accesserit, ut testamentum recte factum ad extremum ita duraret. Id ita fieri, si non infirmetur iis modis, quibus iure testamenta infirmari solent. Testamento ita constituto, deferri ex eo hereditatem voluntate testatoris heredibus eo testamento institutis, aut substitutis. Utrumque ita, si modo instituti sint, & substituti heredes pro ea potestate, quae hic testatoribus iure communi permissa est. Deferri autem pront in hac potestate voluntas erit testatoris: omniaque in eo ad factum, & voluntatem testatoris dirigenda, cum quaeritur, ubi sit institutio; tum ex ea quid, quantumve, cui deferatur, & quando. Et hactenus oratio nostra progressa est in hac delatione. Est autem, ut dixi, haec ratio tota ex iure communi, eadem eodem iure adstricta certis legibus, quas licuit animadvertere tum in testamentis ordinandis, tum in his infirmandis, tum in institutionibus, & substitutionibus heredum. Estque communis omnium civium Romanorum, necessaria in paganis, id est iis omnibus, qui milites non sunt. Quibus & hoc ius statuitur ad deferendam testamento hereditatem. §. 1. §. *sed hactenus, Inst. de mil. test.*

II. Alia est potestas deferendae hereditatis tribnta militibus, nempe libera. Ex qua militare testamentum, genus alterum testamenti initio a nobis propositum. Iuris de hac re constituti summa fere haec est: uti quisque miles in expeditione occupatus de bonis suis testatus erit, ita ius, ratumque esse. *L. 1. D. eod. L. 1. L. 3. C. eod.* Tributum militibus partim praemii loco, ad remunerandam egregiam operam, quam navant Reipublicae: *L. testamenta, D. eod.* partim propter [1] imperitiam iuris, quae in militibus est, & ea probabilis. *Instit. de test. mil. in prin. L. ultim. in prin. C. de iur. del.* Quae in constitutionibus appellatur simplicitas. *d. L. 1. D. eo. L. 3. C. eod.*

III. Quid sit huius beneficii, ita plane intelligemus, si, partibus superioris definitionis observatis, dixerimus explicatius, quid sit iuris in singulis. Sunt autem quatuor ex superiore definitione, quae spectentur, quibus & constat definitio. Primum, ipsum hoc beneficium, & privilegium militum quale sit, & quam liberum. Alterum, quibus tribuatur. Tertium, quando, quave conditione. Postremum de quibus bonis.

IV. Beneficium id, quod dixi; qualemcunque voluntatem supremam militis ratam haberi. Hoc obscurius, quia brevius: & in singulis partibus testamenti potest dubitationem habere. Ideo ut esset certius, iverunt veteres Iurisconsulti per omnes partes iusti testamenti, & ad singulas hoc ipsum ius accommodantes, docuerunt in singulis, milites ab omni observatione iuris communis esse liberos. Quod & nobis cum ad explicationem eorum, quae hic a veteribus tradita sunt, tum

1) Ita & Don. noster *ad rub. C. h. n.* 20. *& seq.* Est quidem & imperitia eadem in rusticis; sed illis otium est peritiores consulendi *L. 2. §. ult. Quis ordo in bon. poss. ser.* Coras. 5. *Misc.* 22. *n.* 1. Vigl. *in pr. I. h. n.* 8. nec caussa est huius beneficii imperitia simpliciter: sed quae ex armorum occupatione procedit. Bocer. *Lib. 1. de Iure belli. C.* 21. Hotom. *in pr. I. h. t.* Caussa inquit gemina est, nec sola simplicitas, sed & periculorum functio. Unde & qui in iisdem periculis, in quibus milites: eodem enim iure uti possunt *L. ult. h. t.* Et milites ipsi extra castra, & pericula dum sunt, nequeunt *L. pen. C. h. t.* vid. & P. Greg. 42. *synt.* 6. *n.* 20.

tum ad certitudinem præceptionis faciendum est.

V. In omni testamento tria hæc spectantur iure communi ad vim testamenti, & rectam delationem hereditatis; ordinatio testamenti; eius infirmatio, ne testamentum in eam incidat; & quæ testamento continentur de voluntate testatoris, ut institutiones heredum, & substitutiones, item legata, & similia. In recta ordinatione rursum hæc, quibus & constat hæc institutio atque ordinatio: persona testantis; testandi modus; seu solemnia testamenti; tum liberorum ac similium institutiones, aut exheredationes, & institutio heredis. Hæc omnia militibus libera, ut quæ de his cauta sunt iure communi, liceat militibus servare, si velint: his omissis nihilo secius recte testentur.

VI. Quæcunque erit persona militis, etiam si ex genere eorum, qui iure communi testamentum facere non possunt, si miles fecerit testamentum, valet: ut si sit [2] mutus, & surdus: *L. 4. D. eod. §. quinimo, Instit. eod.* si de statu suo dubitet: *L. ex militari, §. 1. D. eod.* si filiusfamilias. *Inst. quibus non est per. fac. testam. in princ.* Atque adeo si sit deportatus, aut damnatus capitis, dum damnatus ex militari delicto. *L. ex militari, in princ. L. si quis filio. §. irritum, D. de iniust. rupt. testa.* Tantum hoc denegatum pupillis, si forte relati sint in numerum militum, etiamsi ad [3] tribunatus honorem evecti sint. Idque propter infirmitatem iudicii, quod suprema testatio desiderat. *L. ult. C. eod.*

VII. Solemnia testamenti impune contemnit miles. *Instit. eod. in princ. L. 3. C. eod.* Quid tamen si destinaverit communi iure testari, & ante defecerit, quam perficeret? placet non eo minus iure militari valere, quod voluit: quia non videatur, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiasse. *L. 3. D. eod.*

VIII. Hactenus tamen sine ullis solemnibus valet testamentum militis, ut hoc prius constare debeat, testamentum ab eo factum esse. Quod fiet vel scripto militis qualicunque, quod constet ab eo profectum; vel sine scripto idoneis testibus. *L. Divus, D. eod. §. plane. Instit. eod.* Quam ad rem ex regula communi duo testes sufficient. Duo tamen ut minimum necessarii. *L. ubi, D. de test.*

IX. Miles si liberos habet, & scit se habere, præterit impune: multoque magis seu iure, seu iniuria exheredat. Ex præteritio pro exheredatione, & exheredatio quævis pro insta exheredatione est. *L. sicut. L. si cum, C. eod.* Ex quo est, quod placuit testamenta militum non subiici querelæ inofficiosi testamenti, etiam si præteritus sit filius, qui idem sit miles. *L. si instituta. §. de inofficioso. D. de inofficios. testament. L. ultim. in prin. C. eod.* Eademque ex re nec datur bonorum possessio contra tabulas testamenti militis, *L. nam in bona. D. eod.* Sed hoc, inquam, Ita, si scit miles, se liberos habere. Si ignorat, ius commune est. *d. L. sicut. L. si cum. C. eod. L. militis. §. miles ordinandi, D. eod.* Non enim potest videri de iis removendis cogitasse, qui an haberet, ignoravit. argument. *in L. mater. versi. cæterum, D. de inoffic. testa.* Quod & ipsum tamen dictum accipiemus in voluntate obscura militis. Alioqui si is, qui ignorabat uxorem prægnantem, aut alios filios se habere, hoc animo fuit, ut vellet, quisquis sibi esset filius, aut sibi nasceretur postea, exheredem esse; volun-

2) Videtur noster *d. L. 4.* accipere de natura muto, dum recenset inter iure communi intestabiles. Mutus, & surdus casu iure communi testari potest *L. 10. C. qui test. fac.* uti & aperte accipit Zoanet. *Tr. de Rom. imperio n. 7.* & Vasqu. *Lib. 1. de Success. progressu §. 1. n. 169.* & *3. ill. contr. 103. n. 3.* lapsu conspicuo. Nam qui hoc naturali vitio laborat, militare nequit. Quomodo enim nomen dabit militiæ; iuramentum præstabit; tubæ sonum audiet? Et si hoc vitium accedens militi, caussa est missionis *L. 14. §. 4. de re milit.* magis nativum ab initio recipi impediet, maxime cum huiusmodi mutus iudicio, ac intellectu carere dicatus *L. 21. §. 2. vers. natura de iudic. L. 65. §. pen. in fin. ad Trebell.* Vigl. & Vult. *in §. 2. I. h. t.* & Bocer. *Lib. 2. de Iure belli C. 21.* At quid sic præcipuum habebit miles mutus redditus? Duar. *d. C. 4.* & Pac. *5. Q. 94.* Resp. iure veteri ante *L. 10. C. Qui test. fac.* non potuisse testari paganos, loquela amissa, nisi indultu principis *L. 7. D. Qui test. fac.* milites potuisse *d. L. 4.* Bocer. *d. C. 21.* hunc militem etsi litteras non calleat, testari posse solo nutu, quod pagano non licet. Quod non placet per *not. supr. Cap. 5. N. 14.* Recte Vult. *in §. 2. I. h. t. n. 2.* hoc speciale esse, quod iure militari testari licet, ubi ratio dubii quia bello factus inutilis, mox dimittendus. Quod autem proxime fieri debet sæpe pro facto est, &, ut vulgo, cingendus pro cincto habetur. *L. pen. h. t.*

3) Tribunatus ille nomen honoris erat, non officii administrationis, ideoque eius capax pupillus, Coras. *5. Misc. 22. n. 2. & 3.* & P. Fab. *ad L. 2. de R. I. n. 14.* fuisse imaginariæ militiæ genus, quod vocatus super numerum, de quo Sueton. *in Claud. Cap. 25.* nudam sine administratione dignitatem, quæ & impuberi, illustri familia natô, tribuebatur, Cuiac. *17. Obs. 36.* & *ad L. 8. & seqq. de excus. tut.* Dissentit Ræv. *4. Var. 8.* putans, tribunum numerorum fuisse eundem cum tribuno militum: nec unquam id munus pupillo delatum, ideo *in d. L. ultim.* pro *tribunatum* reponit, *in tribunatu*, & *ad L. 2. §. 1. de R. I.* dicit, duobus manuscriptis suam lectionem confirmari. Sed non credibile est, unquam impuberes stipendia militaria meruisse. Ætas enim ea oneribus militiæ ferendis impar. Facilius honores militares mandari potuerunt, in quibus vicarios, & adiutores habere liceret. Govean. *ad L. 2. §. 5. de Vulg. n. 16.* Cuiac. *d. C. 36.* Dauth. *de Testam. n. 945.* Aliter Ant. August. *Lib. sing. ad Modestin. pag. 270. in expos. L. 8. §. 7. de Excusat.*

voluntas certa facier, ut & testamentum, filiis iam natis, valeat, nec agnatione postumi postea rumpatur. *L. qui iure*, 7. *D. eod.*

X. Infirmatio quoque testamenti tota pendet ex una militis potestate, nec quidquam hic nocet adversus voluntatem. Meminimus iure communi testamenta ita infirmari, ut nihil hic per se voluntas testatoris valeat, vel ad retinendum testamentum, vel ad repudiandum. Multis enim modis infirmari, etiam si testator nolit. Ut autem velit infirmatum, non tamen rescindi, nisi quid aliud fecerit: puta aut ruperit, cancellaverit tabulas, aut aliud testamentum fecerit. Hæc contra in milite. Si miles testamentum suum irritum esse non vult, nullus casus postea interveniens testamentum infirmabit. Non rumpitur agnatione postumi; si quidem scivit, cum postumum præteriit, uxorem prægnantem esse. *L. qui iure*, 7. *D. eod.* Alioqui contra: nisi postumo nato se vivo, maluit eodem testamento durante, decedere. *L. militis*, *§. miles in L. idemque*, 9. *D. eod.* Absolute autem non rumpitur quasi agnatione, si vel postea arrogavit filium, vel nepos præteritus successit in locum filii. *L. idem est*, 8. *D. eod.* Non rumpitur prius testamentum militis alio testamento postea facto, si declaret miles, se & prius valere velle. Denique militi licet plura testamenta facere, ut quidquid in his voluit, nec mutavit, valeat. *L. quærebatur*, *D. eod.* Militis testamentum capitis diminutione militis non fit irritum. Veluti si filiusfamilias in 4 adoptionem datus sit a patre, aut paterfamilias cum esset, se arrogandum dederit. *L. miles filiusfamilias*, 22. *L. idem seq. D. eo.* Quod tamen in caussis receptum est sine ulla recenti confirmatione testamenti, propterea quod his modis capite minutus filiusfamilias bona castrensia, de quibus testatus est, retinet, atque in his solum obtinet testamentum filiifamilias militis, ut postea dicetur. Diversum est, si maxima aut media capitis diminutione minutus sit, damnatus nimirum capitis. Nam hoc modo statim testamentum eius fit irritum, ut qui bona, quæ damnatione publicantur, habere desierit, aut ita desierit habere, ut de his testamentum facere non posset, de quo dixi supra huius Lib. Cap. XVI. Sed eidem permitti solet iure militari testari de bonis castrensibus. Quæ res facit, ut, quemadmodum ex integro testamentum facere potest; ita, si ante damnationem factum velit valere, valeat; sed hoc exigitur, ut velit, quo recenti voluntate redeat testamentum. Hæc in *L. si quis filio*, *§. irritum*, *D. de iur. rup.* E converso si vult testamentum a se factum non valere: sicut nuda voluntate facere potest, ita & mutare. Ex mox si valere voluerit, redibit ex suprema voluntate. *L. in fraudem*, *§. 1. D. eod.*

XI. Veniamus ad ea, quæ testamento continentur. Ubique ius idem. In recta institutione heredis iure communi spectatur, primum persona heredis instituti, ut sit cum eo testamenti factio; tum testandi modus, ne testator heredem instituat, pro parte vel rerum, vel temporis, quo pro parte decedat testatus, pro parte intestatus. Nihil horum in testamento militis. Etiam deportati, & qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. *L. idem est*, 13. *§. 1. D. eod.* Excipitur ibidem servus pœnæ, quo instituto, institutio non valet. Quod non accidit singulari aliquo iure, quo videatur hic militi esse eximendus; sed conditione instituti, qui suapte conditione nihil potest acquirere. Non enim potest sibi, qui servus est, & nihil suum habere potest. *L. acquiruntur*, *§. 1. D. de acquirend. rer. dom.* Non ex persona domini, quia is dominum non habet. Est enim servus pœnæ, non Cæsaris. *L. 3. D. de his, quæ pro non scrip. hab. L. sunt quidam*, *D. de pœn.*

XII. Miles heredem ex 5 re certa recte instituit, ut de reliquis bonis intelligatur decessisse intestatus, pertineantque ea ad legitimos heredes. *L. si miles*, 6. *D. eod. L. 1. & 2. C. eod.* XIII.

4) §. *denique* 5. *I. h. t.* ubi Vult. rationem reddit, quia capitis deminutio civilis non perimit testamentum militis, quod est iuris gentium. Nullo vero ceu videtur eidem in §. 4. *I. Quib. mod. infirm.* repugnantia in *d.* §. 5. in eo, quod dicitur, quasi ex nova militis voluntate valere, & tamen irritum non fieri. Multo minus autem quidquam dissidii, nedum aperta antinomia est inter *L.* 6. §. *ult. de iniu. rupto & L.* 22. *D. h. t.* Inquit Vult. Si non fit irritum *d. L.* 6. §. *ult.* quid nova voluntate opus *d. L.* 22. *d.* §. 5. Resp. Neutrobique requiritur novæ voluntatis testatio, sed asseritur valere quasi ex nova voluntate: id est perinde ac si nova voluntas intervenisset. Et ita fingi necesse ad id ipsum, ne fiat irritum, quia per capitis diminutionem status, & persona mutatur; videturque quodammodo alius homo fieri: propterea que voluntas finiri; maxime mediæ iurisprudentiæ ætate vigentibus adhuc emancipationis, & adoptionis rationibus.

5) *L.* 16. §. 6. *ad Treb.* ut in aliis succedant legitimi. Si tamen uxorem ex uncia, filiam ex duabus instituit, totam illæ hereditatem capiunt *L.* 3. *C. h. t.* quia tunc videtur assem in tres partes divisisse. Duar. *h. t. C.* 6. Donell. noster *ad d. L.* 3. Nec recte ex *d. L.* 3. inferunt DD. quos refert Bocer. *Lib.* 1. *de Iure belli C.* 23. & Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 37. *& seqq.* militem in dubio censendum testari voluisse iure communi. Immo contra: quia creditur, nescire observationem solemnem testationis communis, Duar. *h. t. C.* 3. *p.* 428. Zoan. *d. Tr. n.* 41. *& seqq.* A. Fab. 72. *Err. Pragm.* 6. Bocer. *d. lo.*

XIII. Denique quantum cuique heredi ab initio datum est testamento militis, tantum ille habet; nihil amplius etiam ex eventu. Et ideo si duo sint heredes instituti, & unus repudiet hereditatem: si quidem agatur de testamento pagani, pars deficiens accrescet coheredi, qui suam partem agnoverit, etiam invito: ne testator decedat [6] pro parte testatus, & pro parte intestatus. *L. qui ex duabus, §. 1. D. de acq. her.* Sin instituti sint heredes a milite; deficientis portio ad coheredem non pertinet, ne contra voluntatem militis plus ad eum redeat ex hereditate quam ei datum est. Unde eveniet, ut pro ea parte intestatus videatur defunctus decessisse. Nec metuemus, ne sic videatur pro parte testatus, & pro parte intestatus. Hoc enim miles potest facere. *L. si duobus, D. eod.*

XIV. Quod iuris est in rebus, hoc idem est in tempore. Miles ex die heredem instituere potest, ut ante, quam dies venerit, pro parte eius temporis sit intestatus, pertineatque hereditas ad heredes legitimos. Potest & ad diem, aut conditionem: ut, cum dies venerit, aut conditio exstiterit, testatus esse desinat, fiatque eodem modo intestatus. *L. certi, C. eod. L. 5. L. in fraudem, §. miles, L. miles ita, in pr. D. eod.*

XV. In substitutionibus ius commune ita est, ut nemo quamvis heredi a se instituto, substituere possit directo in secundum casum, si ille heres erit, ac praeterierit deinde aliquod tempus, praeterquam liberis impuberibus, aut mente captis. Miles contra etiam his, qui heredes exstiterunt, quantumvis extraneis potest ita substituere, ut institutos velit, donec vivant, aut usque ad certum tempus heredes esse; post id autem tempus aliquem substituat. *L. milites, 5. d. L. miles ita, in princ. D. eod. L. centurio, D. de vulg.* [7] Eaque est substitutio, quam militarem vocamus, notata a me supra inter genera substitutionum, huius libri Cap. XXIII. & in hunc locum relata.

XVI. Iure communi non potest pater substituere filio impuberi in secundum casum, nisi sibi prius testamentum rite fecerit. Miles contra tam sibi, quam filio iure militari testamentum facere potest: & soli filio, quamvis sibi non fecerit. *L. in fraudem, §. miles, D. eod. L. 2. §. quisquis. D. de vulg.*

XVII. Licet eamdem potestatem animadvertere in legatis. Lege Falcidia ultra dodrantem legare non licet. *L. 1. D. ad leg. Falcid.* Licet militi: idque est quod dicitur in testamento militis cessare legem [8] Falcidiam. *L. in testamento, 12. C. eod.* Quae si ita sunt in singulis partibus rectae ordinationis testamenti, & rectae institutionis, ac substitutionis, itemque legatorum: licet iam certo summam colligere, vere in universum dici, uti miles testatus erit, ita ratam futuram voluntatem. Estque id, quod modo beneficium militare, modo militum privilegium, modo ius militare nominatur. *L. 3. quod constitutum. L. Divus. L. qui iure, 7. D. eod.*

XVIII. Id etsi nullam manifestam exceptionem habet in constitutionibus, quibus hoc beneficium militibus datum est; habet tamen ex aliis legibus: placetque in universum hanc esse, dum ne quid statuat in testamento miles, quod sit contra ius, aut bonos mores.

XIX. Et quidem quod sit contra bonos mores, id est turpe omne etiam in testamento militis reiicitur. Hinc tria aeque hic improbata. [9] Captatoriae scripturae: turpiter datum mulieri; & conditio turpis relicto adiecta.

XX. Captatoriae institutiones, & captatoriae scripturae etiam in testamento militis nullius momenti sunt. *L. captatorias, C. eod.* quippe turpes, ut ad captionem alterius directae, ut est in *L. illa aut, D. de her. inst.*

XXI. Improbatur & datum ei mulieri, in quam turpis suspicio cadere potest, ut est in *L. miles ita, 41. §. 1. L. eod.* quibus verbis eam mulierem designari intelli-

6) Pugna enim testati, & intestati admittitur hic fictione quadam, quasi duorum hominum duabus hereditatibus factis *L. duorum 49. de op. Lib.* Cuiac. *ad L. 7. de R. I.* vid. Ant. Fab. 26. *de Err. Pragmat.* 1.

7) Quae an post pubertatem, filio facta, directo valeat, magna est contentio; Affirmant Duar. 2. *Disput.* 7. *& ad tit. D. de vulg. C.* 23. Don. noster *ad L. 8. C. de impub. subst. n. 10. & seq.* Charond. 1. *Verisimil.* 11. Hotom. 1. *Amic.* 17. *& seq.* Matthaeac. *Lib. 2. de Via iur. C. 17. n. 5. & seqq.* Bocer. *Lib. 1. de iure belli C.* 24. Contra quod iure fideicommissi. Cuiac. 11. *Obs.* 25. *&* 12. *Obs.* 27. Coras. *ad L. 2. C. de impub. subst. n. 6. & n.* 31. Govean. *ad L. 15. D. h. t. n. 1. &* 3. Cabot. 2. *Disp.* 20. vid. & Massin. varias opiniones examinans *ad d. L. 8. n. 85. & seqq.*

8) *L. 17. §. ult. D. h. L. 17. D. ad L. Falc.* Putant vulgo hoc correctum esse per *Nov. 1. C. ult. §. quia vero* 2. & heredem militis, si inventarium confecerit, deducere Falcidiam. Sed Duar. *h. t. C. ult. cir. fi.* sentit, *d. §.* 2. loqui de omni quidem persona etiam militari: sed heredis, non vero testatoris, ut sensus sit: Omnis heres etiam miles, testamento videlicet pagani scriptus, omittens confectionem inventarii perdit Falcidiam, & ut opinor, recte.

9) Simplicitati enim succurritur, non calliditati, quae auxilium nunquam meretur *L. 2. §. 7. ad Vellei.* Don. noster. *ad d. L. 11. n. 8. in fi.*

telligere debemus, quæ stupro cognita est a milite, etiam si esse cœperit postea in contubernio militis, ut explicatur in *L. mulierem*, *D. de his*, *quæ ut ind.* Sed de ea illud notandum, sic quod ei datum est etiam testamento iure militiæ facto, improbari, ne ipsa id capiat, neve ad testamentum admittatur. Ut est in *d. L. miles ita*. §. 1. *d. L. mulierem*. at non ita, ut datum sit inutile, & pro non scripto habeatur. Valet enim, sed hactenus, ut quod relictum est, ad [10] fiscum pertineat. *d. L. mulierem*, *de his*, *quæ ut indig*.

XXII. Turpis vero conditio institutioni, aut legato adiecta improbatur in testamento militis similiter, ut in testamentis paganorum: nempe ita, non ut nulla sit institutio, aut relictum, sed ut reiiciatur; cæterum, hac reiecta, nihilominus institutio, & legatum valeat. Hoc in *L. si a milite*, §. *edictum*, *D. eod.* quo in numero habetur & conditio iurisiurandi, ut ibidem adiicitur; cum scilicet instituitur quis heres, aut legatur alicui hac conditione, si iuraverit, se quid facturum, aut quid non facturum. Remissa est ei conditio edicto prætoris tanquam turpis; sive quod non sit necesse hic iurare, ut fiat, aut non fiat quod testator voluit: sive quod in re non necessaria suscipiatur periurium anceps; cum multa possint accidere, ut is, qui conditionem accepit, aut non possit præstare, quod promisit, aut iustis de caussis nolit. Quæ pars edicti explicatur in *L. quæ sub conditione*, *D. de cond. instit.*

XXIII. Sed etsi quid absit a turpitudine, si tamen ius, aut lex aliqua nominatim prohibeat, etiam in militis testamento tanquam militi ademptum non valebit. *L. ex testamento*, *in fin. C. eod. L. si a milite*, 29. §. 1. *D. eod.* Hinc illud primum intellectum, non licere militi statuere de alienis bonis, aut alienum ius minuere. *L. cum filiusfamilias* 28. *D. eod.* Est enim contra ius gentium, & civile detrahere suum cuiquam, quod alteri adiicias. *L. solvendo*, *D. de neg. gest. L.* 2. *D. de his*, *qui sunt sui*, *vel al. iur.* Et ideo quod placuit, milites etiam his, qui sibi heredes extitissent, posse substituere; hactenus placuit, ut possent in his [11] dumtaxat, quæ ab ipsis ad eos, quibus substituitur, pervenerunt: non etiam in his, quæ heredes vel habuerint ante, vel postea acquisierint. *L.* 5. *L. miles ita*, 41. §. *exheredato*, *D. eod. L. centurio*, *D. de vulg.* Cui consequens est, quod est in *d. L. miles ita*, §. *si miles*, *D. eod.* si miles exheredato impuberi filio substituerit pro eo iure, quod & paganis datum est, non magis tamen militem a substituto eius legatum dare posse, quam licuit pagano. Sic enim nihil ex bonis patris pervenit ad substitutum. Adiicitur tamen [12] ibidem, idem iuris esse, licet pater ampla legata reliquerit exheredato. Sic enim locus interpungendus, & hactenus sententia porrigenda, ut recte monuit Viglius ad §. *non solum*, *Instit. de pupil.* idque eo ipso §. aperte suadente, vel cogente potius. Atqui legatis exheredato relictis etiam hæc ipsa perveniunt ad substitutum, ut si ab hoc substituto leget miles, dici possit de bonis eius legatum relinqui, non de alienis. Ex quo intelligi debet, huius legati improbandi caussam præcipue hanc fuisse veteribus, quibus improbabatur hoc legatum (neque enim improbabatur omnibus auctore Iustiniano in *L. cum quidam*, *C. de leg.*) quod illi statuerent, esse contra legem naturæ, eum onerare, aut substitutum eius, quem iam ante iniuria exheredationis affecisset. Horum quidem sententiam cum probarit Iustinianus, & adversus dissentientes aliorum sententias hoc genus legati reiecerit in *d. L. cum quidam*; apparet nunc, hanc ipsam legati etiam in milite reiiciendi caussam esse, quam dixi, quod sit legatum adversus legem, etsi hic leget miles de bonis suis.

XXIV. Ex superiore regula naturæ est, quod placuit non posse tutorem dare aut patrem filio suo, qui est in potestate avi, aut avum nepoti, qui in potestatem filii sit recasurus. *d. L. cum filiusfamilias*, *L. miles ita*, §. *mulier*, *D. eod.* Sic enim minueretur patri, aut avo ius potestatis, quod non patitur, ut qui in potestate est, tutorem alium habeat, aut curatorem. *Instit. de tut. in princ. L. ult. C. de cur. fur.*

XXV. Sed etsi quæ sunt leges, quæ de rebus suis statuere quid vetent, etiam hæ in militis testamento locum habebunt. Hinc illa; militem testamento suo manumit-

10) *L.* 2. *C. de donat. inter vir.* licet paganus sic legare possit *L.* 29. *de leg.* 3. vid. Duar. *h. t.* C. 5. Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 12. *& seqq.* scribens, id favore Reipublicæ magis, & disciplinæ militaris, quam militum gratia ita constitutum.

11) Ne privilegium militis vergat in alterius iniuriam, si is de bonis suis testari prohibetur. Govean. *ad d. L.* 15. A. Fab. 15. *Conject.* 12.

12) Et Forst. 1. *de Success.* 19. *n.* 6. *& seqq.* Eman. Costa *ad Cap. si pater extr. de test. part.* 1. *Verb. habens n.* 7. *fol.* 279.

numittere non posse servum in fraudem creditorum, aut aliter contra legem Æliam Sentiam. *L. in fraudem, in prin. L. si milite, §. 1. D. eod.* Item, non posse militem legare, quod lex alienari prohibeat, veluti fundum dotalem. *L. dotalem, D. eod.* Videri tamen potest hoc falsum esse in lege Falcidia. Hæc vetat legare ultra dodrantem hereditatis. *L. 1. D. ad leg. Falcid.* Et tamen si leget miles, rata est voluntas. Id enim est, quod ante diximus in testamento militis cessare Falcidiam. *L. in testamento, 12. C. eod.* Sed nihil hic fit a milite adversus legem Falcidiam. Quod si fieret, eodem iure impediri diceremus, quo cætera. *d. L. si mil. si a milite, §. 1. D. eod.* Vetat lex secundo capite ita legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant. Sed vetat iis nominatim, qui iure publico, idest communi, dare legare volent. His verbis aperte removentur milites: qui iure communi non testantur, sed militari, & proprio privilegio: quod toto genere distinguitur a iure communi. *Inst. eod. in pr.. §. 1. & §. sed hactenus, L. 3. L. quod dicitur, §. 1. D. eod.*

XXVI. Atque hoc privilegium est, quod hic quærimus. Id tribuitur militibus *d. L. 1. L. 3. & toto titulo, C. eod. Institut. eod. in princ.* unde ubique dictum testamentum militare, testamentum militis, ut sunt inscriptiones horum titulorum. *D. & C. & in Institution.* Non tamen militibus omnibus. Militum genera sunt duo. Quidam sunt, qui armis tuentur rempublicam; quidam qui in defensione civium in iudiciis, in professione bonarum artium, aut administratione publica sine armis eamdem operam navant reipublicæ. Exempli gratia, patroni caussarum, & advocati. Posita hæc genera in *L. advocati. C. de advoc. divers. iudic.* Notantur autem satis a veteribus, cum, ad prius genus distinguendum a posteriore, prioris generis milites ita notant, ut vocent milites, qui sub armata militia stipendia merent. Sic enim loquitur Ulpianus in *L. miles, in princ. D. de re milit.* quæ circuitio orationis erat supervacua, si unum tantum genus esset militum.

XXVII. Priores proprie dicuntur milites. Si veræ sunt eæ etymologiæ huius verbi, quæ adferuntur ab Ulpiano in *L. 1. §. ultim. D. eod.* neque vero ea tractatio, alioqui, si per se spectetur, Grammatica, alio quam ad id indicandum referenda est. Liceatque hos ita definire, ut sint milites, qui nomine militiæ dato, & relati in numeros armis tuentur rempublicam stipendiis publicis. Unde dicti supra ab Ulpiano, milites, qui sub armata militia stipendia merent. De numeris quod dixi, mox intelligetur.

XXVIII. Posteriores non ita proprie dicuntur milites, sed magis per similitudinem quamdam superiorum. Habent enim in opera sua & administratione publica castra quædam sua, ubi certent; habent contentiones suas, suaque certamina, in quibus se exerceant. Stipendia item merent, accipiuntque ut plurimum ex publico. Cæterum non proprie ita dici, sed ex similitudine ea, quæ illis cum prioribus est, intelligimus ex distinctione peculiorum, quæ utrique generi sunt attributa. Nam quæ prioribus tribuuntur, dicuntur sine adiuncto castrensia: quæ posteriori, dicuntur quasi castrensia. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon. Inst. quib. non est per. fac. test. in prin.* Sed & nominatim dicuntur ad similitudinem, & exemplum castrensis peculii introducta. *L. ultim. §. de aliis, C. de inoffic. testam. §. ultim. Instit. de mil. test.* In hoc genere posteriore militum quinam habendi sint, declaratur in *d. L. ult. §. de aliis, C. de inoffic.* Sunt autem hi, advocati, & patroni caussarum: professores magistri publici bonarum artium: iudices, assessores, magistratus, & omnes omnino, qui in publico munere reipublicæ recipiunt stipendia publica.

XXIX. Posterioribus his non illud [13] liberum privilegium testandi datum est, de quo diximus. Non hi tamen in hoc genere penitus sine privilegio. Ac duo his data sunt in bonis quasi castrensibus. Unum, ut si sint filiifamilias, qui alioqui iure communi testamenti factionem non ha-

13) Qui & cincti. De quo ritu vid. Vigl. *in Rub. I. h. t. n. 18. & seqq.* Duar. *h. t. C. 2.* Briss. 2. *Antiq.* 7. Connan. 9. *Comm. 5. n.* 8. Bocer. *Lib. 1. de iure belli C.* 10. Non autem qui munere in militia aliquo funguntur, si milites non sint, etsi matriculis militaribus inscripti *L. 16. C. h. t.* Excipe tamen casus *L. 1 de bon. poss. ex test. mil.* Duar. *h. t. C.* 3. Cum autem antiqui ritus militi aggregandi, & in numeros referendi desierint, quæritur an nostris militibus hoc testandi privilegium sit? Aff. Vigl. *in pr. I. h. t. n. 11. & seqq.* quia nec hodierna legendi, recipiendique milites plane diversa ratio. Inscribuntur enim matriculis, sacramento adstringuntur, &c. Nec ritus illi certe caussam huic privilegio dederunt, sed utilitas Reipublicæ &c, vid. Wes. *Cons. 17. n. 32. & Cons, 38. n. 62.* Daurb *de Testam. n.* 85. Gœd. *de Contr. stip. C. 7. Conclus.* 17. Bocer. *Lib. 1. de iure belli C.* 28. Arumæ. *ex Instit. 7. Th* 8. & qui varie distinguit Alex. Trentacinq. *de Substit. P. 4. C. 8. n. 6.* & late Zoan. *Tr. de Rom. imperio n. 51. & plurib. seq.*

habent, possint testari de peculio quasi castrensi; iure tamen communi. *§. ultim. Institut. de mil. testa. d. L. ultim. §. de aliis, C. de inoffic. testament.* Alterum, ut sive filiifamilias, sive paterfamilias de bonis quasi castrensibus testati erunt, hactenus adversus id testamentum nec querela inofficiosi testamenti detur, nec bonorum possessio contra tabulas. *d. L. ult. §. de aliis, C. de inoffic. test.* Sunt autem bona quasi castrensia, quae superiores aut ex stipendiis publicis, aut per occasionem operae, & militiae publicae acquisierunt, non aliter habituri. Nam & hoc modo castrense peculium in suo genere definitur. *L. castrense, D. de cast. pecu.* Sed quidquid hic superioribus tribuitur, intra haec duo tantum consistit; extra haec caeteris in rebus adstricta est iure communi etiam de his ipsis bonis testatio.

XXX. Liberum ergo illud testandi ius, quod dixi, ad prius genus militum tantum pertinet, qui sub armata militia stipendia merent. *Inst. eod. in prin.* & *§. sed hactenus.* iuncto *§. ult.* Quod perspicue intellectum est partim ex verbis constitutionum, quibus hoc privilegium tribuitur, partim ex ratione his ipsis constitutionibus adiecta. Nam primis constitutionibus quibusdam, quae sunt de hoc genere, dicunt Imperatores hoc se dare commilitonibus suis, ut in *L. 1. D. eod.* Sunt autem commilitones, qui eamdem nobiscum militiam exercent. Exercebant autem Imperatores armatam, qui exercitui praeerant, & arma gerebant cum caeteris. Atque, ut tribueretur hoc tantum militibus sub appellatione militum, ut fit in *L. 1. L. 3. L. milites, C. eod. Institut. eod. in princ.* tamen proprie hoc verbo priores illi intelligerentur, ut declarat verbi etymologia, ideo, ut videtur, diligentius exposita in *d. L. 1. §. ultim. D. eod.*

XXXI. Ratio autem beneficii haec fuit, ut dicerent constitutiones, id se tribuere militibus propter imperitiam eorum, & simplicitatem. *L. 1. D. eod. L. 3. C. eod. Institut. eod. in prin.* Convenit haec ratio armatae militiae militibus. Hi sunt enim, de quibus Iustinianus scribit, arma magis, quam iura scire milites recte existimari. *L. ultim. in princ. C. de iur. del.* Advocatis, patronis, iudicibus, magistratibus, & similibus, qui Reipublicae in toga navaot operam, aperte [14] non

Tom. II.

convenit; quorum hoc est munus, ut totum peritia iuris, aut aliarum rerum prudentia, & cognitione administretur.

XXXII. Militibus, quos proprie ita dicimus, cum tribuatur hoc privilegium, necesse est ad praerogativam privilegii nosse, quando quis in hoc numero habeatur, & quousque. Et milites esse incipiunt, non simulatque coeperant in exercitu arma gerere, quod faciunt & tirones, qui milites non sunt, etsi lecti sint tirones, & publicis expensis iter faciant: sed, ex quo militiae nomine dato, in [15] numeros militum relati sunt. *L. ex eo, 42. D. eod.* Et tandiu manent, quandiu sunt in numeris. *L. 4. D. eod.* Desinunt esse dupliciter. Uno modo, cum militia missi sunt. Quod fit iis modis, qui exponuntur in *L. 2. §. ignominiae, D. de his, qui not. inf.* Altero, cum tribuni, aut praefecti militum successorem acceperunt. *L. quod constitutum, 21. D. eod.*

XXXIII. Notandum est autem diligenter, superius beneficium dari militibus, qui testati erunt, ut sunt verba constitutionum de hoc beneficio. *d. L. 1. D. eod. L. 3. L. milites, C. eod.* Hoc eo pertinet, ut intelligatur id, quod praecipitur in *L. Titius, 25. D. eod.* constitutionibus non simpliciter confirmari militum testamenta; sed ita militum, si etiam a militibus facta sint. Ut ad confirmationem testamenti militaris duo concurrere oporteat; ut miles fecerit, & ut maneat testamentum militis. Quorum alterum si deest, testamentum hoc privilegio non utetur. Faciamus ergo, militem non fecisse testamentum; sed cum fecisset, militem esse coepisse. Negari non potest testamentum coepisse esse militis, quod prius militis non erat. Placet tamen testamentum ad ius commune pertinere, quia miles id non fecit, ut est in *d. L. Titius.* Sed adiicitur ibidem haec exceptio, nisi miles factus aliquo modo declaraverit, se velle testamentum, quod ante fecerat, valere. Et recte. Nam qui nuda voluntate testamentum tunc facere potuit: potuit, quod ante fecerat, nuda voluntate comprobare: quoniam haec eius voluntas testamentum est. *L. in fraudem, §. 1. D. eod.* Illud plane ad confirmationem testamenti exigitur, ut ab eo aliquid factum aut dictum sit postea, quo probetur eum testamentum valere velle, ut est in *d. L. Titius, eod.* & ut est in *§. pen. Inst. eod.* ut aliquo modo mani-

X festa

14) Quod & probat *L. ult. §. 1. C. de inoff.* in verbis secundum leges tamen. Vid. Coras. *ad L. 8. C. de impub. subst. n.* 14. Vaud. 1. Q. 45. Trentacinq. *d.* C. 8. *d.* 6. Bocer. *Lib. de Iure belli C.* 28. *pag.* 128. Arumae. *Exerc. Instit. 7. Th.* 9.

15) Turpe est caussas oranti, ius, in quo versatur, ignorare *L. 2. §. 43. de O. I.*

fecta sit voluntas militis facti hoc testamentum valere volentis. Non exigimus, ut verbis, & aperte id testetur. Factum ad eam rem sufficit, & quodvis factum, ex quo colligi possit, militem prius testamentum probare; ut voluntas non verbis tantum declaratur, sed re aliqua, & facto, & quovis iudicio voluntatis. *L. recusari, D. de acquir. her. L. 4. D. pro soc.* In hac autem specie factum eiusmodi hoc habetur in *d. §. pen. Inst. eod.* si miles aliquid adiecerit testamento, aut detraxerit. Nam qui adiicit, ideo adiicit, quod velit, adiectum valere: nec potest valere ut adiectum, nisi valeat cum cæteris, quibus adiicitur. Alioqui solum esse, non adiici diceretur. Qui autem ex pluribus ante positis, unum aliquid detrahit, hoc ipso satis indicat, se cætera manere velle, alioqui omnia pariter eodem modo delevisset: sicut accidit in omnibus exceptionibus, quibus fit, ut qui aliquid excepit, non possit non videri de iis rebus, quæ exceptæ non sunt, sensisse, ut est in *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa, D. de instruc. vel instrum. leg.* Cæterum utrobique, idest & in *d. L. Titius. & in d. §. pen. Inst. eod.* hoc reditur, ut nisi novo dicto, aut facto, idest nova voluntate aliquo modo declarata, miles testamentum comprobet, non possit id valere. Idque ita existimari necesse est. Nam priore voluntate non valuit testamentum, quod is, qui miles non erat, fecit; nec potest valere voluntate posteriore militis, si nulla nova militis intervenit. Non potest autem testamentum, quod voluntatis testatio est, nisi ex alterutra voluntate valere.

XXXIV. Sed videri potest contrarium scriptum esse in *L. in fraudem, §. testamentum, D. eod.* sic enim verba sunt: *testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, iure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Hic non exigit novam voluntatem ad confirmationem prioris testamenti: sed satis esse vult, si nulla sequatur contraria. Quod profecto & tunc fit, cum nulla omnino sequitur. Sed hæc verba, si militis voluntas contraria non sit, sunt ambigua. Possunt enim sic intelligi, si nulla militis voluntas erit contraria; sive voluntas omnino nulla erit, sive erit aliqua secuta non contraria. Possunt & sic accipi, si militis voluntas, quæ modo voluntas erit, id est quæ de eodem testamento secuta erit, contraria non sit. Utrumque acciperemus, si liceret. Nunc autem non licet prius sine vitio: sive quod recta ratio, sive quod manifesti loci adversentur. Relinquitur igitur [16] posterior interpretatio non vitiosa, quam hic sequamur; ut faciendum esse præcipitur in ambigua oratione legis, *L. in ambigua, D. de legi.* Hac autem interpretatione admissa, congruit sententia cum superioribus. Quæcunque enim voluntas militis sequitur postea de testamento, si testamento contraria non est, pertinet ad testamenti comprobationem: veluti si adiiciat aliquid, aut detrahat. Nam adiiciendo nihil facit prioribus contrarium: detrahendo nihil facit contrarium his, quæ relinquit.

XXXV. Illuc redeo, sine hac nova militis comprobatione testamentum iure militari non valere, quod tum fecit, cum non esset miles; etsi, milite eo postea facto, militis testamentum esse cœperit. Ergo etsi quis miles fuit, deinde militia missus est, aut aliter miles esse desiit, si testamentum faciat postea, multo minus testamentum iure-militari valebit. Usque adeo ut ne sic quidem valeat, etsi intra anni spatium decesserit, quod testamentis prius factis datum est, de quo paulo post. *§. sed hactenus, Inst. eod.* merito: hoc enim testamentum neque fecit miles, neque est testamentum militis.

XXXVI. Vice versa etsi miles testamentum fecit ex privilegio militum, si tamen desierit esse miles, æque testamentum non valebit: quia desiit esse testamentum militis, etsi miles fecit. Hoc excipitur, nisi miles intra annum post missionem decesserit. Quo casu placet testamentum non aliter iure militari valere, quam si in militia decessisset. *d. §. sed hactenus, Inst. eod.*

XXXVII. Hoc anni spatium non omnibus militibus datum est, postquam milites esse desierunt; sed iis, qui missi sunt militia, & ut est in *d. §. sed hactenus.* qui post missionem decesserunt. Aliter, atque si præfecti, aut tribuni, successoribus acceptis, militare desinant. *L. quod constitutum. 21. D. eod.*

XXXVIII. Sed etsi de missione nihil distinguitur in *d. §. sed hactenus.* tamen placet hoc anni spatium tribui solum testamentis eorum, qui honestam, vel caussariam missionem meruerunt: eorum autem testamenta, qui ignominiæ caussa missi sunt, statim desinere iure milita-

[16] Ita & Vigl. *in §. 4. I. h. t. n. 9.* fuisse *in d. §. 2.* subiunctam aliquam novam voluntatem, & Duar. *h. t. c. 3. in fin.* Et recte; licet Hot. *in §. sed etsi 4. I. h. t.* & Ant. Matth. *in not. ibid.* hæc loca vere pugnare putent.

litari valere: quia id privilegium præmii loco tributum sit merentibus. *L. testamenta*, 26. *D. eod.*

XXXIX. Illud constat post annum, quam miles non ignominiose missus est, testamentum iure militari non valere. In quo tamen hoc exceptum est, nisi miles intra annum decesserit, & conditio heredi testamento adscripta post annum exstiterit. *L. quod dicitur, in pr. D. eod. d. §. sed hactenus, in fi. Inst. eod.* Et recte hoc exceptum. Nam quod conditio non exstitit intra annum, facit ut testamentum intra annum non valeat. Non enim potest, qui institutus est, heres esse, nisi conditio exstiterit: nec potest testamentum valere, quandiu heres scriptus non existit heres. Sic enim institutio exitum non habet. *L. 1. D. de iniust. rup. Inst. de her. quæ ab int. in pr.* Ita si nihilominus dicimus, existente quandoque postea conditione, testamentum valere: hoc dicimus, etiam post annum valere. Quæ prioris sententiæ exceptio est. Habet autem exceptio hanc rationem, quod etsi pendente conditione intra annum, dici non potuit, tum testamentum valere, quia potuit conditio non existere: tamen, conditione quandoque existente, intelligitur, testamentum retroversus non solum intra annum, sed etiam statim, mortuo milite, valuisse. Conditione enim impleta, perinde habetur, quasi pure facta esset institutio. *L. si pupillus, D. de cond. inst.*

XL. Non statim superius privilegium tribuitur militibus, qui proprie ita dicuntur. Sed hic duæ sunt conditiones. Ex quibus una est huius testamenti propria, si milites in expeditione degant; si sint in expeditione occupati. [17] Domi suæ si degant, vel in aliis locis extra expeditionum necessitatem, hoc beneficio non utuntur. Constitutum hoc a Iustiniano in *L. pen. C. eod.* quod & refertur *Inst. eod. in pr.* & §. 1. ubi & ille scribit, constitutionem suam hoc introduxisse. At quomodo ille introduxit, quod multo ante prioribus constitutionibus cautum erat? Legimus enim hanc eamdem circumscriptionem in rescripto Antonini in *L. 1. C. eod.* & *in lege Constantini L. milites, C. eod.* Et si in his constitutionibus duabus hæc auctorum ipsorum fuit scriptura, nec quidquam his additum est a compositoribus, dum constitutioni Iustiniani serviunt, quod non temere quis possit suspicari: probabiliter dici potest, primis constitutionibus Imperatorum de hoc privilegio, quæ multæ fuerunt, ut traditur in *L. 1. D. eod.* hanc conditionem adiectam non fuisse. Nulla enim eiusmodi adiecta est in ea constitutione, quæ refertur ibidem; quæ tamen usurpabatur una pro omnibus, ut & illic ostenditur. Nulla in rescripto Alexandri, *L. ex testamento, C. eod.* Tantum adspersa est hæc conditio ab Antonino, & Constantino; sed adspersa magis quam necessario exacta, ut verba constitutionum indicant. Idcirco etiam post illas constitutiones existimabatur, redeundum esse ad primas illas, & alias, quæ nullam conditionem eiusmodi exigebant: de quibus mutandis nihil posterioribus aperte cavebatur. Iustinianus constitutione sua rem certam fecit; cavitque diserte ita demum licere militibus iure militari testari, si in expeditionibus occupati essent; non aliter. *d. L. pen. C. eod.*

XLI. [18] Expeditionem exercitus vocamus, cum milites ita comparati sunt, ut sint expediti ad præliandum. Quod fit, vel cum proficiscuntur adversus hostem, vel cum consistunt adversus hostem, aut hostem exspectantes, aut ipsi exspectantes invadendi hostis, & cum eo dimicandi opportunitatem. Cui tempori merito superius privilegium datum est; in quo & armorum cogitatio, & periculi metus, & sese continendi necessitas omnem aliam de iure cogitationem adimit, & facultatem testandi, ut velis.

XLII. Est & altera hic conditio omnium testationum communis, de qua pluribus comprehensum est in *L. Divus, D. eod.* & §. *plane, Inst. eod.* ut quoquo modo facta a militibus testamenta ita rata sint, dum utique prius constet testamentum factum esse.

XLIII. Constabit autem aut [19] scriptura, aut [20] testibus.

17) Connan. 9. *Comm.* 5. *n.* 9. interpretatur *in expeditione*: id est qui actu miles est, quamvis non in ipso conflictu cum hostibus. Expeditum enim quicquid promptum, & paratum. Et Cuiac. *Consult.* 49. testamentum iure militari fieri, quamvis non in procinctu. Nam sic miles nihil distaret a pagano, qui & ipse in hostico quoquo modo testatur *L. ult. h. t.* In expeditione igitur est & qui in castris, in stativis, hybernis, præsidiis. Quare & stationarii, & limitanei milites, cum æque in metu versentur, hoc privilegio gaudebunt: Connan. & Cuiac. *dd. locis.* Zoan. *de Rom. imperio n.* 103. *& seqq.* Bocer. *Lib.* 1. *de iure belli* C. 28. Nam & pœnis militaribus coercentur *L.* 3. § 5. *de re milit.* Ergo & privilegiis utuntur *per L.* 10. *de R. I.* Non autem sine onere militiæ dignitate equestri ornati, quos milites imaginarios vocat, Duar. *h. t.* C. 2. *&* 3. ut equites Rhodienses, Teutonici &c. extra expeditionem, Vigl. *in Rub. t. h. t. n.* 11. *& seqq.* cum ne vero quidem militi hoc privilegium sit extra expeditionem, Duar. *d.* C 3.

18) Non si extra tentoria, vel castra confecerit. Bocer. *L.* 1. *de iure belli* C. 21. nisi sui reficiendi, curandæve valetudinis caussa, commeatu concesso, se alio contulerit, mox reversurus, Vigl *in* §. *illis a. l. h. t. n* 5. modo domi suæ non sit arg. *L.* 34. *pr.* *Quib. ex ca. mai.* Bocer. *d.* C. 21.

19) Potest & notis scribi *L.* 40. *pr. h. t.* vid. Tiraq. *Privil. pia causs.* 12. Cuiac. 3. *Obs.* 3. Rævar. *de Auct. Prud.* C. 2. Walth. 2. *Misc.* 12. qui exemplum militaris testamenti hic scripti subiicit.

20) Vigl. *in* §. *plane* 2. *l. h. t. n.* 6. ubi præsumptionis adminiculum unum testem admittit; solam autem scri-

ptu-

XLIV. Scriptura quævis militis ad eam rem idonea, dum intelligatur, & eam militis esse constet; adeo, ut si quid in vagina, aut clypeo sanguine suo annotaverit miles, aut in pulvere scripserit gladio sub id tempus, quo moritur, placeat, voluntatem valere. *L. militis, C. eod.*

XLV. Testibus æque res probantur. *L. in exercendis, C. de fid. instit.* In quibus cum numerus eorum non adiicitur, receptum est duos sufficere. *L. ubi. D. de testi.*

XLVI. Notandum est, utramque hanc conditionem additam esse libero illi privilegio testandi, quo permittitur his, ut velint, & possint testari. Ad ea privilegia non pertinet, quæ militibus in bonis castrensibus, & quasi castrensibus data sunt, ut possint de his testari, sive filiifamilias sint, sive patresfamilias: & possint sine metu querelæ inofficiosi. Hæc omnes obtinent, sive sint in expeditione, sive non sint: quia non conceduntur, nisi testantibus iure communi, ac proinde non occupatis. *Instit. quibus non est per. fac. test. §. 1. & §. ult. Instit. de mil. test.* Quinimmo & milites militia missi eadem ista retinent in bonis castrensibus: dum non sint missi ignominiæ caussa. *L. testamenta, 26. in fi. D. eod.*

XLVII. Quod attinet ad bona militum, iam dixi milites de alienis bonis statuere nihil posse. Neque de his nunc quæritur. Quæritur de bonis ipsis militis, quæ sæpe non sunt unius generis. Potest enim miles habere bona castrensia; potest & paganica, id est extra castra, & occasionem castrorum aliunde quæsita. Quæritur igitur an possit miles pariter de utrisque ut velit, testari. Videri poterat par esse, ut quemadmodum in persona non tribuitur superius beneficium nisi militibus, sic in re non tribueretur, nisi bonis militaribus, seu castrensibus, ut una & eadem caussa hoc privilegium admitteret tam in persona militis, quam in rebus. Quod non placuit. Tribuitur enim privilegium militi, non bonis militaribus. Et ideo miles in expeditione occupatus de omnibus suis bonis testari iure militari potest, non tantum castrensibus, sed etiam paganicis. Atque adeo de paganicis solum, ut de castrensibus decedat intestatus; & contra. *L. 1. L. 2. C. eod.* Et hoc est quod in *L. 1. D. eod.* dicitur, sufficere militi ad bonorum suorum divisionem nudam voluntatem testatoris. Bona simpliciter nominantur, ut omnia intelligamus.

XLVIII. Duo sunt tamen, quibus concessum est testari solum de peculiis castrensibus: filiusfamilias miles: & miles item paterfamilias ex militari delicto capitis damnatus.

XLIX. Filiusfamilias ex constitutionibus, & præsertim Iustiniani, etiam adventicia bona paganica propria habet: interdum usufructu patri servato; in plerisque autem ita, ut & usumfructum ipse, eoque & plenam proprietatem habeat. *L. cum oportet*, & authenticis ibi insertis, *C. de bon. quæ lib. §. 1. Instit. per quas per. nob. acq.* Placet tamen filiosfamilias de his bonis testamentum facere non posse. Solum his relictum, ut possint de bonis castrensibus, & quasi castrensibus. De his quidem solis ius antiquum concedebat filiisfamilias testari, ut traditur in *Inst. quib. non est per. fac. test. in pr.* Atqui in *L. penult. C. qui test. fac. pos.* diserte cavit Iustinianus, ut in hac re lex antiqua per omnia conservetur, quæ filiisfamilias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit.

L. Militi autem capitis damnato, si quidem ex militari delicto, permitti solet iure militari testari, ut declaratur in *L. si quis filio, §. irritum, D. de iniust. rup.* sed hoc hactenus, ut liceat ei testari de bonis tantum castrensibus, ut est in *L. ex militari, D. eod.* cætera bona, quæ paganica sunt, si miles damnatus nec liberos, nec parentes habet, publicantur: si liberos habet, aut parentes, his adducuntur, ex constitutione Iustiniani, *Novella 134. ut nul. iud. lic. hab. loc. ser. §. ult.* ut & iam ante pluribus ostendimus, supra huius Lib. Cap. XVI.

LI. Castrense peculium, eoque & castrensia bona quæ sint, declaratur in *L. castrense, D. de cast. pec.* Militaria delicta quæ, in *L. 2. L. omne, D. de re. mil.*

HUGO-

pturam sine ullis testibus, si nulla falsitatis suspicio. Non enim hic ulli testes ad formam, & solemnitatem necessarii, nisi sint ad probationem, quia nuda hic voluntas rata *L. 15. §. 1 h.* quomodo declaretur. *pr. I. L. 1. pr. D. h. t.* Duar. *h. t. C.* 3. Cuiac. *Consul.* 49. Testes igitur hic erunt & peregrini, mulieres &c. Bocer. *Lib. 1. de iure belli C.* 25. vid. & Arumæ. *ex Iustin.* 7. *Th.* 13. nec subscriptione opus, aut obsignatione Hot. *in §. 1. I. h. tit.* multo minus rogatione, quæ merum iuris civilis solemne. Nec obst. §. 2. *I. L.* 24 *D. h. t.* verba *convocatis hominibus*. Illa enim ad relationem facti pertinent, non ad decisionem, seu ut Bocer. *d. C.* 25. loquitur, narrativa sunt, non dispositiva. Illic Catilius docere voluit, testatorem non iussisse, sed serio egisse; quod si aliunde constat, perinde est. Est enim illa una, non sola species probationis. Dissent. Zoan *de Rom. imperio n.* 21. & Cuiac. *Consult.* 16. Denique recte Duar. *h. t. C.* 4. quæcunque subtilitatem habent potius quam naturalem rationem militibus. Non autem supervacua sunt, nec Triboniano tribuenda verba extrema *pr. L.* 40. h. tit. *ita tamen ut hoc &c.* quia factum, quod ibi proponitur, probatione non indigeat, uti vult Ant. Fab. 15. *Coniect.* 19. Immo enim non sunt supervacua: nam si non ad factum illud pertinent, saltem regulam, quæ illic responsi loco adfertur, restringunt, & declarant.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER SEPTIMUS.

De ratione acquirendæ, amittendæve cuiusvis directo delatæ hereditatis. De quæsitæ commodis, & incommodis. Tum de fideicommissariis hereditatibus.

CAPUT I.

Delatam directo hereditatem heredibus acquiri partim invitis, partim non nisi volentibus. Illos *necessarios* heredes dici, hos *voluntarios*. Necessariorum quosdam esse necessarios tantum, quosdam suos, & necessarios. Necessarii tantum, qui; & quousque in his hæc necessitas.

Rerum nexus, & propositum Auctoris. I.
Acquisitio hereditatis varia pro qualitate heredum. Hi aut necessarii, aut voluntarii. II.
Necessariorum species duæ: vel necessarii absolute, vel sui, & necessarii. III.
Absolute necessarios esse servos, qui utrunque & hereditatem, & libertatem ex testamento domini consequuntur. IV.
Dominum intelligi quemlibet, cui hoc nomen recte tribuatur. V.
Quid si dominus sit pro parte. VI.
Quid si ad tempus. VII.
Quid de eo, qui servum emit ea lege, ut intra certum diem manumitteret. VIII.
Oportere, ut servus a domino institutus libertatem accipiat. IX.
Ut eam accipiat ex eodem testamento. X.
Ut ita accipiat, ut aliunde eam consequi non potuerit. XI.
Ita institutum servum, statim a morte domini fieri heredem necessarium; nisi fuerit sub conditione institutus. XII.
Servum fieri heredem necessarium aut domino, si ei sit heres institutus: aut filio domini, si ei substitutus. XIII.
Necessitas hæc in servis absoluta; ut neque se abstinere possint, nec, si minores sint, restitui. XIV.
Qui nam sit effectus huius necessitatis, & cur liberto imposita. XV. XVI.
Si domini hereditas, quod solvendo non sit, distrahi debeat, servo heredi reservari cum bona post mortem patroni quæsita, tum quid quid ei a testatore deberetur; modo illius bona non attigerit. XVII. XVIII.
Quid si attigerit minor. XIX.

I. 
A qui bus modis testamento deferatur directo hereditas, sive id testamentum paganicum est, sive militare, satis dictum est Libro superiore. Tantum illud addendum est, rebus omnibus ad iustam voluntatem, & deferendam in futurum hereditatem ita compositis, ut supra diximus, tunc incipere inde vere hereditatem deferri, cum & testator mortuus est, & herede forte sub conditione instituto, conditio utiliter adiecta exstitit. Quæ utiles conditiones essent, quæ inutiles, & hæ quatenus improbentur, supra in ratione heredum instituendorum satis diximus Libri superioris Cap. XVIII. & Cap. XIX. Quomodo au-

autem, & quando quæque conditiones impleri intelligantur, dicetur postea in commune, quod pertineat tam ad legata conditionalia, quam ad institutiones conditionales, in argumento de legatis. Restat, ut ita delata hereditas, quomodo heredi instituto acquiratur, ordine videamus: postquam ita proposuimus, & ita etiam res habet, omnem hereditatis [1] acquisitionem duabus his rebus constare: primum ut delata sit hereditas, sine quo nulla potest acquiri; *L. licet. L. si curatoris, C. de iur. del.* tum ut delata a nobis suscepta sit; sive sit imposita invitis, sive suscepta a volentibus. Hæc susceptio delatæ hereditatis, quia acquisitionem hereditatis perficit; ideo factum est usu veterum, ut quæ suscipitur hereditas, ea hoc ipso facto dicatur acquiri: quasi tunc demum proprie acquiratur. *L. si quis extraneus, §. 1. D. de acquir. here. L. sicut, Cod. de rep. her.* Etsi re vera non est acquisitio sine delatione: uti nec acceptio, acquisitione in rebus corporalibus sine traditione. Inde Titulus in Pandectis, & Codice, de acquirenda hereditate; in quo constat de deferenda hereditate non agi, sed solum de delata subeunda: cum de deferenda prioribus tam multis actum esset, & deinceps agatur. Sequentibus non paucis ad legitimas hereditates, & fideicommissarias pertinentibus. Quamobrem & hic, ne quis ambiguitate verbi obiiciatur error, acquirendi verbo eodem modo nunc utemur. Etsi autem acquirendæ directæ ex testamento hereditatis ratio communis est cum legitimis hereditatibus, id est iis, quæ lege ab intestato deferuntur; tamen cum constituerimus omnia exsequi, quæ ad rem testamentariam, & supremas de bonis cuiusque voluntates pertinent, priusquam veniatur ad caussam intestati; nec hereditas testamentaria, aut quidquid est, quod testamento nobis defertur, aliter ex iudicio defuncti nostrum fiat, quam si delatum nobis quæsitum fuerit, ac de ea acquisitione in singulis partibus testamenti nunc quæratur: locus postulat, ut cum de delata ex testamento hereditate dixerimus, quod reliquum est ad hanc partem explendam, de delatæ acquisitione iam statim subiiciamus: Inde sumpturi postea, si quid erit in commune, quod ad legitimarum hereditatum acquisitionem pertineat. Quod & in Pandectis, & in Codice factum est.

II. Ergo quibus hereditas directo delata est, vel testamento vel lege (quando in his communem acquisitionem esse dicimus) seu qui testamento instituti sunt heredes, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocantur: in his acquirendæ hereditatis ratio summa duplex est. Aliis enim acquiritur invitis; quibusdam non nisi volentibus. Unde hæc genera heredum nata veteribus, ut quidam dicantur necessarii, quidam voluntarii: sic enim distinguuntur ista, & appellantur in *L. is, qui putat, & L. sequ. D. de acquir. here.* Aliis quidem verbis exprimuntur hæc in *Instit. de her. qual. & diff. in princ.* dicunturque heredes aut necessarii, aut [2] extranei. Non male, si rem spectemus, non etiam commoditatem divisionis. Nam & extranei iidem sunt, qui & voluntarii. Sed ad species contrarias suis nominibus appellandas non ita recte fortasse. Si quid enim necessario recte opponitur, id est voluntarium. Qui sint necessarii, & voluntarii heredes, tum quatenus: ex conditione, & qualitate heredum sumitur. Ut enim est heredum conditio, ita est & horum differentia in amittenda, acquirendave hereditate: ut aut necessarii sint, aut voluntarii. Inde factum, ut qui Titulus in Pandectis, & Codice inscribitur de acquirenda, vel amittenda hereditate, is in Institutionibus inscribatur de heredum qualitate, & differentia: Quod plane eamdem sententiam, eamdemque acquisitionem continet. Tantum hoc interest, quod prior ab effectu est, cuius deinde caussa ostenditur; posterior converso ordine a caussa, a qua deinde progreditur ad huius effectum. Idque ita fit. Nam ut quibusdam acquiratur hereditas necessario, aliis voluntate, effectus est eius conditionis, & qualitatis heredum, a qua is effectus, & ea differentia acquisitionis nascitur. Conditio, & qualitas heredum, caussa, quæ hanc varietatem acquisitionis efficit. Unde tamen incipias ad utrumque explicandum, parum inter-

1) Vox acquisitionis, & recusationis, generalior etiam necessariis conveniens; aditionis vero, & repudiationis specialior, tantum extraneis; Vult. *in §. extraneis 5. l. h. t. n. 1.* Non omnis autem, qui acquirit hereditatem, heres fit, ut legatarius partiarius, cui pars non bonorum, sed hereditatis, cui onera insunt, legata §. 5. vers *post quod SC. I. de fideic. her.* item fideicommissarius, emptor hereditatis. *Idem in pr. I. h. t. n. 3.* Sed tamen acquisitio, ut hic sumitur, verorum, & propriorum heredum propria est.

2) Extranei varie dicuntur pro re de qua agitur. Nam cum de civibus, fœderatisque sermo est, significant nobis nudo fœdere iunctos, ut in *L. 7. pr. de capt. & postl.* (iuxta vulg. scilicet & Haloandr lectionem qua ibi legitur *externi non sint*, quam probat A. Fab. *1. Iurispr. 11 Pr. 8. Ill. 7* cum Florentinæ Pandectæ habeant, *externi sint*, quod arridet Cuiac. 11. *Obs.* 23.) si de necessariis personis, sunt extranei, qui nec cognati nec affines *L. 2. de in ius voc. L. 16. de reb. auct. iud. poss. & c.* Baro. in §. *cæteri 3. I. h. t. n. 3.*

interest: cum nec caussa sine suo effectu esse possit, nec effectus intelligi sine caussa, unde oritur. Illuc igitur redeo, quod proposui; cum de acquirenda hereditate quaeritur, principio hoc esse statuendum, non omnibus acquiri uno modo: sed quibusdam velint nolint, & necessario; aliis non nisi ipsorum voluntate: Unde illi ex re necessarii dicti sint, hi voluntarii. Quinam hi sint, dixi ex heredum conditione, & qualitate tanquam caussa aestimandum. De qua deinceps videamus.

III. Et voluntariorum una conditio est, ut suo ordine dicetur. Necessariorum non item. Horum duo sunt genera conditione personae, & re, id est acquisitione, distincta. Quidam necessarii absolute, quidam sui, & necessarii. *Instit. de hered. qualit. & differen. in princip.*

IV. Necessarius heres non suus est servus a domino heres institutus ita, ut ex eodem testamento libertatem simul, & hereditatem capiat, non aliunde accepturus. Cuius definitionis prior pars est in *§. 1. Inst. de hered. qual. in princip.* altera in *§. servus autem a domino, Instit. de hered. instit. §. servus quoque, Instit. de hered. qualit. & differ.* Volumus, institutum esse a domino; non tantum ut possit esse in potestate morientis, quae potestas maxime necessarios facit: *§. ceteri, Institut. de her. qualit. & differ.* sed etiam ut sit testator is, a quo possit servus testamento manumitti; postquam necessitati hereditatis suscipiendae non subiicitur servus, nisi pro beneficio manumissionis, ut reliqua definitio ostendit. Nemo autem manumittere potest nisi dominus. *L. 4. C. de his, qui a non domi. ma. sunt.*

V. Dominum intelligimus quemlibet, cui hoc nomen recte tribuatur.

VI. Ac primum non eum tantum, qui in solidum dominus sit, sed qui pro parte. Utputa, servus est aliquis communis plurium dominorum. A quibuscunque ex his institutus erit, si institutus potest inde liber, & heres esse, fiet heres necessarius. *L. si servus communis, 66. D. de acquir. hered.*

VII. Ne illud quidem hic intererit, utrum qui nunc dominus est, dominus sit in perpetuum, an ad tempus, dum modo ante diem, quo dominium ab eo recedit, decesserit. Servum alienum redemit quis ab hostibus. Hic non proprie servi dominus est; ut qui hactenus dominus sit tantum, ut servum retinere possit, donec pretium redemptionis ei offeratur. Verumtamen vel hoc nomine interim dominus est, & servum vinculo potestatis retinet. *L. qui testamento, §. potestatis; Digest. qui testamen. fac. poss.* Quocirca & hic sibi instituerit redemptum istum, & priusquam ei pretium offerretur, decesserit, placet institutum liberum fieri, eique heredem necessarium: sic tamen, ut veteri domino ius suum integrum servemus. Quod ita fiet, si vel ipse manumissus domino suo priori aestimationem sui offerat, vel ei maneat obligatus, donec pretium solvat. Hoc in *d. L. si servum quis. in princ.*

VIII. Huic similis est dominus, qui servum emit ea lege, ut intra certum diem eum manumitteret. Quapropter placet hic quoque, si servus ab eo domino sit institutus, & decesserit dominus ante, quam dies venerit, servum necessarium heredem effici. *d. L. si servum, §. 1.*

IX. Ut servus a domino institutus idem fiat liber, exigimus: quoniam si hic institutus, ab eodem domino postea fuerit alienatus, sublata est protinus necessitas hereditatis suscipiendae. *§. servus autem a domino, Instit. de her. instit.* Nam ipse servus heres esse non potest; quia cum servis ipsis ex ipsorum persona non est testamenti factio. Novus dominus potest per eum heres fieri; sed ita, si volet; non etiam necessario, cum sit extraneus. *d. §. ceteri.*

X. Volumus, hunc ipsum servum libertatem ex ipso testamento capere: quia fieri potest, ut is servus, & heres fiat, & liber: sed libertatem aliunde, vivo adhuc domino, accipiat; puta quia sit a vivo domino postea manumissus; vel quia quid fecerit eorum, propter quae servi pro praemio libertatem accipiunt, & acceperit. Quidquid horum inciderit, servus necessarius fieri non potest; *d. §. servus autem a domino, Instit. de her. inst. L. testamento, 90. D. de hered. inst.* Scilicet quia servus desinens esse in potestate testatoris, fit testatori heres extraneus; extraneorum autem conditio haec est, ne sint necessarii. *§. ceteri, Instit. de hered. qual. & differ.*

XI. Postremo servum a domino heredem institutum ita volumus libertatem ex testamento accipere, quo fiat heres necessarius, ut aliunde eam accipere non potuerit. Qui si potuit eam consequi aliunde, ne hic quidem, quamvis testamento manumissus, necessarius heres erit. Veluti, si servus hac lege emptus sit pure, ut manumitteretur, aut ut manumitteretur intra certum diem, & post diem sit

ab

ab emptore heres institutus: aut si is servus pecunia sua emptus sit: aut si servo fideicommissa data sit libertas, & heres hunc eumdem servum cum libertate heredem reliquerit. *d. L. si servum quis.* §. 1. & 2. *de acquir. her. L. si servo.* 84. *D. de hered. instit.* Ratio reddita a Paulo in *d. L.* 84. *qui enim*, inquit, *invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus, non magnum videtur beneficium a defuncto consequi. Immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.* Quod in superioribus servis contingere ibidem Paulus ostendit.

XII. Ex quibus intelligitur, quod servus a domino heres institutus, sit heres necessarius, non tam in eo caussam esse, quod servus in potestate domini fuerit, quam in beneficio manumissionis a domino ex eodem testamento acceptæ: cum, hoc sublato, nulla sit necessitas hereditatis subeundæ. Servus autem a domino ita institutus, ut definivimus, mortuo domino, fit protinus heres necessarius, ut est in §. 1. *Institut. de hered. qualit. & differ.* Ita tamen, nisi sit institutus sub conditione. Quo casu eventum conditionis exspectari oportet: Veluti si ita institutus fuerit, cum mihi quis heres erit, Stichus liber, & heres esto. In qua specie placet, Stichum non prius liberum, & heredem fieri necessarium, quam hereditas a coherede adita fuerit. *L. ex parte.* 58. *D. de acq. her.*

XIII. Qui hac conditione personæ est heres, is fit heres necessarius: domino quidem ipsi, si domino est heres institutus: sin est filio domini impuberi, quem pater in potestate habuit, substitutus heres, fiet huic heres necessarius. Sic enim ius est, ut, quos testator potest heredes sibi facere necessarios, dum eos instituit sibi, possit & filio, dum eos filio in pupillarem casum substituit. Quo in numero est is servus, quem supra descripsimus. *L. sed si plures*, 10. §. 1. *Digest. de vulga. & pupill. substit. L.* 4. *C. de nec. ser. here. instit.*

XIV. Servum his personis fieri heredem necessarium, hanc significationem habet, ut [3] sive velit, sive nolit, omnino post mortem domini protinus ut liber, ita domino fit heres. §. 1. *Institut. de hered. qualita.* Necessitas hæc in servis absoluta; non ut in liberis defuncti, ita temperata, ut aut abstinendo removeant a se onera hereditaria, aut beneficio ætatis si forte minores sint, restitui possint. Utrunque hoc illis pariter denegatur. *L. necessariis, in fin. Digest. de acquir. hered.* De abstinendi facultate non dubitatur; quam constat edicto prætoris solum datam liberis. *dict. L. necessariis.* De in integrum restitutione potest dubitari: cum prætor edicto de minoribus polliceatur generaliter, se quod cum minore gestum erit, uti quæque res erit, in integrum restituturum *L.* 1. *D. de mi.* Sed hæc verba sic accepta sunt, ut sit in integrum restitutio, si minores capti, seu læsi sint per infirmitatem ætatis, dum id faciunt, aut omittunt quod bonus paterfamilias non faceret. *L. verum*, §. *sciendum*, *D. de mi.* Non videtur autem captus minor, qui iure communi usus est: idest, qui id fecit suscepitve, quod etiam si esset maior, & optimus paterfamilias, tamen iure communi facere cogebatur. *L. ultim. C. de in integ. restitut. mi. L. inter*, §. *cum inter*, *D. de fid.* Quo in numero apparet, esse eum servum, quem iure domino necessarium heredem fieri dicimus.

XV. Effectus hic est, ut quoniam hereditas, etsi solvendo non est, heredem in solidum obligat æri alieno: *L. more. D. de acquir. hered.* huic quoque æri obstringatur necessarius iste heres, sive velit, sive nolit. In quo hoc commodum sive dominus, sive filius domini, cui servus substitutus est, consequitur, ut si forte bona, dum non sunt solvendo, in ea caussa sint, ut venire debeant, potius eius heredis bona distrahantur, quam testatoris, atque ita [4] existimationi defuncti consulatur. §. 1. *Inst. de hered. qualita. & differ.*

XVI. Imposita hæc necessitas liberto iustissime, ut tantillum officium patrono præstet pro honore delatæ hereditatis coniuncto cum summo beneficio manumissionis.

XVII.

3) Sine ullo suo facto, sine ulla iuris solemnitate, Ergo & demens, & furiosus, & ignorans per §. 3. *I. de her. ab intest.* Vult *in* §. 1. *l. h. t. n.* 3. ac etiam olim clausis tabulis, antequam innotescat ei de hereditate sibi relicta: Vid. Cuiac. 8. *ad Afric. ad L. pen. de reb. cred.* Neque tamen hic (uti nec in suis heredibus) exceptio est *L.* 16. *C. de I. delib.* qua traditur, neminem compelli adire hereditatem, ceu vult Accurs. *ibid.* Sic enim esset exceptio latior regula. Regula enim vera esset in uno genere heredum, voluntariorum, exceptio in duobus, suorum, & necessariorum; sed regula illa generalis. Sui enim, & necessarii sunt quidem inviti heredes. Non tamen adeunt. Govean. 2. *Var. lect.* 3.

4) Ut ignominia bonorum venditionis in heredem derivetur Hot. *ad* §. 1. *I. de hered. instit.* de qua vid. Cont. 2. *de Subsec. lect.* 18. Connan. 10. *Comm.* 5. *n.* 2. Neque sic iniuria fit instituto, qui boni consulere debet, quod pro hoc libertatem consequutus aliquis esse incipit, qui prius erat nullus A. Fab. 14. *Coniect.* 20. *sub fin.*

XVII. Sed si res eo deveniet, ut propterea heredis bona distrahi debeant; in ea distractione hæc distinctio bonorum heredis servatur, ut intersit, utrumne bona, de quibus distrahendis agitur, profecta sint a testatore, an vero ab herede post mortem patroni quæsita. Si a domino profecta: ut in his servetur ius superius, nec quominus distrahantur, aut distrahantur sub eius nomine, possit heres ulla abstentione, aut in integrum restitutione consequi. *d. L. necessariis, in fin. de acquir. hered.* Sin ipse quæsierit post mortem patroni sui; placet ea ipsi reservari: ut quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea caussa res, quas sibi acquisierit, non veneant. Quod posterius ita simpliciter scriptum est in §. 1. *in fin. Institut. de here. qualit. & differen.* Sed hæc conditio adiicienda est, quæ traditur in *L. 1. §. ultim. D. de separ.* si modo institutus non attigerit bona patroni, & petierit horum bonorum [5] separationem a prætore; quam isto casu impetrat.

XVIII. Addendum & illud ex eo loco, ista conditione impetrare institutum separationem non tantum eorum, quæ postea acquisierit: sed etii quid ei a testatore debeatur. Quia & hoc vere dici potest a patrono non profectum. Et tamen non potuit ei deberi a domino nisi naturaliter; quandoquidem hæc obligatio inter dominum, & servum consistere potuit: *L. si quid dominus, D. de condic. indeb.* actio inter eos nasci non potest. *§. hi qui, Institut. de oblig. quæ ex del. nasc.* Qui potest igitur hic heres petere sibi dari, cuius persequendi caussa non habuit actionem? Non hic actione utitur heres, dum huius debiti separationem postulat; sed utitur adversus creditores bonorum sibi quæsitorum retentione, quæ bona negat, se alia conditione permittere debere creditoribus, quam si de hoc debito sibi satis factum sit. Sufficit autem ad exceptionem, & retentionem obligatio naturalis. *L. naturales, D. de oblig. & act.*

XIX. Quod si necessarius heres attigerit patroni bona, ne reliquorum quidem bonorum separatio ei datur ex suprascripta conditione. Plane si fuerit minor annis, qui se miscuit, etiam huic paratum est auxilium edicti beneficio ætatis, ut restitui possit, quo habeat bonorum suorum separationem. *L. ait. §. non solum 2. D. de mi.* Ita bonorum istorum consequendorum caussa habet necessarius heres in bonis defuncti utrumque illud, quod liberis necessariis heredibus datum postea dicturi sumus, abstinendi facultatem; & si maior se miscuit, in integrum restitutionem. Quæ cum denegari legimus in *d. L. necessariis, in fin. de acquir. her.* observabimus de his heredibus necessariis dictum esse, qui velint derelinquere hereditatem defuncti, & id agant, ne teneantur creditoribus omnino. Quam ad rem superiora non conceduntur. Prius enim dixerat Caius, proconsulem suis heredibus abstinendi se ab hereditate potestatem facere, ut quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur; tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed & eos, si se immiscuerint bonis, posse ad eam rem consequi in integrum restitutionem, si sint minores viginti quinque annis. Tandem subiicit ad extremum, servis autem necessariis heredibus hoc non permittitur. Hoc, nempe quod dixerat de derelinquenda hereditate.

[5]) De separatione vide A. Fab. 2. de Error. Pragmat. 2.

C A P. II.

Sui heredes, qui: Quæ in his necessitas hereditatis suscipiendæ, & quam recte constituta: Quæ ab ea abstinendi potestas, & unde. Tum quæ in his utriusque rei commoda sint, sive quis velit heres esse, sive velit hereditate abstinere.

Suos heredes partim ius facere, partim testatoris voluntatem. I.
Sui ipso iure qui nam sint. II.
Ut sint iure sui, quatuor necessaria. III.
Ut sint liberi defuncti. IV.
Ut ad hereditatem parentis vocati. V.
Ut in potestate morientis. VI.
Ut sint liberi primo gradu. VII.
Moriente avo, quamvis filius nepotem præcedat, hunc tamen primo gradu, suumque heredem Avo esse, si exheredatus filius, scripto herede deliberante, decesserit: idemque heres deinde hereditatem repudiarit. Et quare, eo repudiante, nepos suus heres avo existat, adeunte vero, non existat. VIII. IX.
Voluntate testatoris, sui & necessarii heredes sunt fratres, impuberi fratri suo in secundum casum a patre substituti. X.
Qui liberi ista conditione sint, eos, nisi pater necessitatem remiserit, necessarios ei esse heredes. XI.
Quare nec iniquum, neque absurdum videri debeat, filium inuitum cogi suscipere hereditatem paternam. XII. XVIII.
Quid sit suum *heredem esse. Verbi huius significatio, & origo. Filios familias etiam vivo patre dominos existimari bonorum paternorum.* XIII. XIV. XV. XVI. XVII.
Necessitatis subeundæ paternæ hereditatis tria effecta. XIX.
Suos heredes existere etiam ignorantes. XX.
Item furiosos. XXI.
Item pupillos sine tutoris auctoritate. XXII.
Iure civili heredes manere, qui semel, quamvis necessarii extiterint; cogique creditoribus hereditariis respondere. XXIII.
Hanc acerbitatem iuris civilis mitigasse Prætorem data potestate abstinendi. XXIV.
In hoc beneficio Prætoris tria spectanda. XXV.
Abstinere in suis idem valere ac in extraneis repudiare: nec ideo tamen horum heredum facta in removenda a se hereditate eadem esse. In quo differant. XXVI.
Suis heredibus, quos voluntas testatoris fecerit voluntarios, si hereditatem admiserint, abstinendi potestatem non dari; cæteris suis heredibus dari certis conditionibus. XXVII.
Hæ conditiones duæ. XXVIII.
Sui heredes post immissionem, si impuberes sint, potestatem habent abstinendi ipso iure; si puberes minores, per in integrum restitutionem. XXIX.
Omnibus suis heredibus etiam impuberibus, per quos factum sit, quo quid ex hereditate amoveretur, abstinendi potestas denegatur. Et quare hic non patrocinetur impuberi ætas. XXX.
Immiscere se in suis heredibus id esse, quod in extraneis gerere se pro herede. Cur, cum idem faciat suus heres, cum se immiscet, quod extraneus, cum pro herede se gerit, nominibus hæc distinguantur. XXXI.
Abstentionis effectus hic, ut qui abstinuerunt, partim pro heredibus non habeantur, partim heredes maneant. XXXII.
Hactenus pro heredibus non haberi dum id agitur, ne retineant hereditatem. In quo abstentionis tres effectus. XXXIII.
Suis heredibus, postquam se abstinuerunt, nihil nocere suos, & necessarios extitisse. Id tria continere. XXXIV.
Eos non teneri creditoribus hereditariis. XXXV.
Si bona, quæ solvendo non sint, distrahantur a creditoribus, ad eos contumeliam hanc non pertinere. XXXVI.
Ipsis actiones confusas restitui. XXXVII.
Ex hereditate nullum commodum percipere. XXXVIII.
Sequentibus gradibus locum facere. XXXIX.
Eos, qui se abstinuerunt, si id non agitur, ut hereditatem retineant, ad cæteras res etiam post abstentionem heredes

des manere. In quo tria commoda. XL.
Testamentum, & res ad eum pertinentes, existentia sui heredis confirmari. XLI.
Bonorum administrationem a suo herede bona fide peracta ratam manere. XLII.
Suum heredem, post quam se hereditate abstinuit, non solum posse, si velit, eam repetere: sed si attingat res hereditarias, hoc ipso obstringi hereditati; nisi doceat, se non eo animo fuisse, ut pro herede se gereret. XLIII.
Potestatem hanc adeundi finiri duobus modis. XLIV.
Bonis iam distractis. XLVI.
Triennio exacto: cuius initium varie cedit. XLV.
Epilogus. XLVII.

I. Necessariorum heredum altera species est, [1] sui heredes; sed longe diverso necessitatis effectu. Suos heredes partim ius facit, partim voluntas testatoris.

II. Iure ipso sui [2] sunt heredes defuncto liberi eius quoquo iure sive ex testamento, sive ab intestato ad hereditatem eius vocati, qui in potestate morientis fuerunt, & sunt primo gradu tunc, cum primum incipit his hereditas deferri. Quæ quam vera sit, & recta definitio, ex partibus eius intelligetur.

III. Quatuor sunt igitur, quæ coniuncta, iure vos heredes defuncto faciunt, superiore definitione comprehensa.

IV. Primum exigitur, ut sint liberi defuncti. §. 1. *Institut. de her. quæ ab intest. defer.* Propterea quod possunt & alii heredes esse in potestate morientis, & iidem heredes necessarii, ut tamen non sint sui; tantum ideo, quia non sunt ex liberis defuncti: qualis est servus a domino institutus, de quo paulo ante.

V. Secundum, ut sint ad hereditatem parentis vocati. Vel quia testamento instituti, vel quia intestato patre mortuo lege his defertur hereditas. Ut enim sint heredes sui, prius est, ut [3] sint heredes. Possunt autem liberi esse in potestate morientis, & primo gradu, ut heredes non sint; ut quia filius sit exheredatus. Quod si fit,

1) Loriot. *de Iur. arte Tr. 3. de Consanguin. & affin. Axiom.* 16. Suitas, inquit, ob tres rationes iunctas inventa: Rationem naturalem *L. ult. de bon. dam.* potestatem patriam *L. 11. in fin. de testam.* (in quo dissentit M. Lyclama 1. *Membranar. ecloga* 26.) & paternam familiam *L. 11. de lib. & post. Suitas* autem illativum verbum non est, cum & Cicero Appietatem, Lentulitatem &c. dicat; ac Ulp. peregrinitatem *C.* 10. §. 6. *de in ius voc.* Vigl. *in* §. 2. vers. *sed ut nepos I. h. t.* Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 9. Coras. 3. *Misc.* 16. *n.* 8. Matthæac. *Lib.* 3. *Epit. legat. C.* 8. *n.* 3.

2) Alciat. *Lib. 4. de V. S. in fine* testatur, Ang. Politianum, cum gloriatus esset, se in glossematis iuris Accursium superare posse, interrogatum a Socino, quis suus heres esset, obmutuisse. Neque hanc rem cognitu facilem esse ait Coras. 3. *Misc.* 16. *n.* 1.

3) Quod difficultate non caret. Nam exheredatione perimi suitatem, cum nostro videtur Vacon. 3. *Decl.* 50. *n.* 6. 7. 8. Govean. 1 *Var. lect.* 5. *n.* 16. Hot. 6. *Obs.* 5. & fere Cuiac. *in L.* 18. *de lib. & post.* & *in Nov.* 1. *Parte* 1. Mattheac. *Lib.* 3. *Epit. legat. C.* 9. Ant. Rub. *Tr. de inoff. Testam. C.* 14. *n.* 12. *& 2. seqq.* Contra Hotom. a se ipso dissentiens 9. *Obs.* 10. A. Fab. 9. *Coniect.* 20. Forst. pater 2. *de success.* 18. *n.* 40. Forst. filius. *P.* 1. *Tract. Instit. Disp.* 13. *Q.* 30. Treutl. *Vol.* 2. *Disp.* 12. *Th.* 2. Mihi sequentis distinctionis fœdere dissidium, & quæ utrinque sunt difficultates commode componi aliquando visum fuit. Neque eius me etiamnum sententiæ pœnitet. Aut quæritur, an exheredatus vivo patre suus esse desinet, (& sic respicitur tempus testamenti conditi, ac quod inde usque ad mortem testantis intercedit. Dicitur enim vivo patre suus, & desinere suus *L.* 1. §. 4. *de suis & leg. L. Gallus* 29. §. 13. *& seq. de lib. & post.* minus tamen proprie, cum superstitis nulla sit hereditas. Et dicitur admi vivo patre suitas, non quæ in re existit, sed quæ in spe: vid. Coras. *ad L.* 10. *de adopt. n.* 3. Hot. 9. *Obs.* 10. Et hoc negandum est. 1. Quia Suitas, vivo patre, est spes successionis, a qua non omnimodo excludit exheredatio: cum multis modis contingere possit, ut non sortiatur effectum. 2. Hoc probat *L. postumorum* 13. *de ini. rup.* iunct. *L.* 9. §. 2. *de lib. & post.* Filio exheredato, nepote in potestate retento, nisi & hic (nepos) exheres scribatur; & filius vivo patre decedat, vel de potestate exeat, nepos, succedendo in locum patris, testamento exheredis scripti, suus fit avo *d. L.* 13. Ex quo clare liquet etiam filium illum, superstite patre, mansisse suum. Quomodo enim alias ei nepos succederet, & si omnino succederet, quare non statim cum exheredaretur filius, nepos factus suus. Nimirum, quia tum adhuc filii, gradu prioris, persona nepoti obstitit. Non obstitisset autem si abscissum ei esset ius sui (quatenus scilicet dicitur vivo patre) neque primum gradum teneret in familia, seu hereditate sperata, sive spe successionis, filius, sed nullum. Proindeque remoto filio, necesse esset locum fieri nepoti, qui a nullo præveniretur Contra si mortuo patre, etsi ante aditam hereditatem, modo tamen postea adeatur, filius exheredatus fatis concedat, nepos in eius locum succedendo non rumpit testamentum: adeoque suus non efficitur *d. L.* 9. §. 2. *de lib. & post.* ubi ratio in verbis: *non abscissum, ut superiore casu*, quia ius filii, suitas, seu spes successionis, omnino abscissum. Non vivente adhuc patre, ita enim nec si tunc filius decessisset, nepoti locus fieret contra *d. L.* 13. sed mortuo: illo videlicet tempore, quo testamentum, & sic quoque exheredatio eo contenta, vigorem suum obtinere incipit, cum vivo adhuc testatore, ob ambulatoriam hominis voluntatem incertum & in pendenti esset, an eo testamento relicto decessurus sit. Nisi autem eo tempore suitas adempta esset filio, nulla ratio impediret, quo minus ei morienti nepos succederet, ac testamentum rumperet. Aut quæritur, an mortuo patre, ius sui extinguatur. Et ita demum puto, si testamentum, adita ex eo cum effectu hereditate, eventum sortiatur. Non igitur si infirmetur quoquo modo. Ut si exheredatus id evertat querela inofficiosi: nam tunc res redit ad caussam intestati, & is suus heres est *L.* 8. §. 16. *de inoff.* (ubi & hoc notetur, quod si indistincte exheredatus sui ius retineret, nulla esset in *d.* §. 16. dubitandi ratio) vel si petita bonorum possessione contra tabulas id rescindat, *L.* 20. §. 1. *D. cont. tab.* Item si testamentum deseratur, scripto non adeunte: Nam & tunc suus manet, *L.* 12. §. 5. *de bon. lib. d. L.* 20. *pr.* vers. *erit ergo venale*. Exheredatio enim non adita hereditate nullius momenti, *d. L.* 20. *pr.* vers. *Sed cum*. Merito: quia defectu heredis destitutum testamentum, nullas omnino vires habere dicitur, §. 2. *I. Quib. mod. test. infir.* & dicitur intestatus, cuius ex testamento hereditas adita non est, *L.* 64. *de V. S.* Perinde igitur est ac si nec exheredatio ulla facta esset, *d. L.* 12. §. 5. Quod si autem cum effectu hereditas ab instituto adita sit, nec ulla ratio, qua res ad caussam intestati redire possit, superfit: suitatem omnino extinctam esse, nullus dubitat. Et sic

si fit, 4 hic suus heres non erit, quia non est bonorum dominus, qui a patre remotus est. *L. in suis*, versic. penult. *D. de liber. & postu.* quam ob caussam nec obstat scripto heredi, quominus heres sit ex testamento. *L. si quis filio*, *D. de inin. rupt. testamen.*

VI. Tertium ut liberi sint in 5 potestate morientis. *d. §. sui*, *Instit. de her. qualit. & diff. d. §. 1*, *Instit. de here. quæ ab intesta.* Potestas est enim, ut ante dixi, quæ facit necessarios; *d. §. cæteri*, *Instit. de hered. qualit. & differ.* Non alii autem necessarii in liberis, quam qui sui. *dict. §. sui*, *de hered. qual. & differ.* Immo liberi ideo necessarii, quia sui, ut mox dicetur. Potestas est igitur eadem, quæ facit suos. Et hoc quidem certiore ratione, quam illud prius. Potestas enim est, quæ filio tribuit 6 familiam; *L. ult. D. de*

sic exaudio textus *L. 1. §. pen. de suis & legit. L. 20. §. 1. Contra tab. L. 9. §. 3. de lib. & post.* ubi ius filii abscissum dicitur, *L. ult. Unde legit. L. 34. C. de inoff.* Deinda hoc probat *L. 6. §. 5. de acq. her.* ubi nepos, patre exheredato, ab avo institutus, est suus heres. Et hinc exheredatus habetur pro mortuo *L. 1. §. 5. de coniung. cum emancip. lib.* Idque confirmat insuper manifesta ratio, quam & noster hic innuit, de quo *N. seq.* Cui & illa accedit, quod eum institutus aditione dominus efficiatur, necesse sit, exheredatum dominum, atque ita etiam suum, desinere, ne concursus dominorum duorum ponatur: Forst. 2. *de Success.* 18. *n.* 40. Postquam autem adita est hereditas, quia aditio retrotrahitur *L. 57. de acq. her. L. 10. ad SC. Silan.* iam ex tempore mortis paternæ ius sui peremptum intelligitur *d. L. 9. §. 3. de lib. & post.* Non enim traditio est caussa submotionis filii, ne quis obstare putet *L. 3. §. 2. de li. & post.* ubi impossibile dicitur, ut filius submoveatur post aditam hereditatem. (Recte. Post aditionem enim iam alii hereditas quæsita est. Submovetur autem exheredatus a bonis suis *L. 11. de li. & post.* nec quod alterius est, mihi adimi potest. *L. non videntur rem amittere, quibus propria non fuit* 84. *de R. I.*) sed aditio declarat iam voluisse, atque effectum sortitam esse exheredationem, neque rem redire posse ad caussam intestati; adeoque nullam spem nanciscendæ successionis paternæ exheredato superesse. Et ita sentio. At post hæc scripta compen, non plane absimili modo distinguere Gomez. *Var. resol. Tom. 1. C. 11. n. 19.*

4) Vac. 3. *Decl.* 50. *n.* 6. & 7. Ut suus quis sit, tria requiruntur. 1. Potestas. 2. Proximus gradus. 3. Ut bona ad eum perveniant. (Hereditatis adeptio.) Quorum unum si deficit, non est suus. Nam bonis remotis, desinere suum esse *tex. est in §. 5. I. de her. ab intest.* 4. Recte. Iur sui est qualitas heredis per *Rub. I. de her. qual. & diff.* A quo igitur removetur subiectum, ab eo & qualitas Alex. Picenard. (licet dissentiens) in *Rub. de Exeh. pag.* 54. Et ut suus quis sit non tantum requiritur, ut in potestate sit, sed & ut proximum in familia, id est hereditate, non ut quidam exponunt, agnatione; quia non omnis suus agnatus, nec suitas species agnationis vid. *N. 6.* gradum obtinet.) Non igitur obstat, quod exheredato pupillariter substituitur. *sup. L. 6. Cap.* 25. Neque enim illa substitutio sui ius requirit in filio, sed patriam potestatem ut *ib.* Et si requirit suitatem, tempore testamenti requirit, quo ea filio non adimitur. Nec adversatur, quod tutor dari nequit nisi suo *L. 73. §. 1. de R. I.* Datur autem & exheredato *sup. Lib. 3. Cap. 4 N. 3.* Responsio enim habetur *ibid. in not.* Quæ non evertitur inde, quod aditio retrotrahitur. Nam instans mortis adscribitur vitæ *L. ult. de cond. inst. L. 18. §. 1. de man. test.* Obiicit Hot. 9. *Obs.* 10. Exheredatus retinet iura sacrorum, *L. 6. de relig.* Respon. retinet eadem emancipatus, *ibid.* Idonee suus. At retinet matrimonium, liberos, tutelam legitimam *L. 46. Fam. erc.* & ius agnationis *L. ult. Unde leg.* Respon Hinc sequitur, non omnem agnatum esse suum. Non agnationis consequens est suitas, sed qualitas heredis. At retinet nomen sui *L. 6. §. 2. de bon. libert. L. 2. §. 8. ad SC. Tertyl.* Respon Falsum hoc. De abstinente loquuntur dd. LL. non exheredato. At semel heres nunquam desinit. Respon. Neque ego dico desinere heredem, sed nunquam esse incipere. Extingui autem suitatem, non quæ proprie sic dicitur, & revera, sed quæ per anticipationem, quæ in spe est, non in re.

5) Obiic. At postumus non est in potestate *L. ult. de collat. bon.* Respon. Nec est suus, sed futurus suus. Vid. Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 27. & 2 *seqq.* Obiic. Extraneus adoptatus in potestatem non transit, suus tamen fit *L. pen. § 1. cir. fi. C. de adopt.* Bell. 1. *Supput.* 3. Respon. 1. non dici, filium esse suum, sed habere iura suitatis. Recte. Id enim docet ibi series sermonis, & certo casu id tantum fit in successione intestati. Vid. Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 32. & *seqq.* Et tamen ipse Bell. ab ea responsione recedens dicit: Ut suus sit adoptatus ibi, non fieri potestate legis ordinaria, sed absoluta per miraculum. Nugæ. Aliquando tamen patria potestate liberatus iura sui retinet, ut *sup. Lib.* 2. *Cap. ult. N. 6. & ibi not.*

6) An autem filius suus heres patri agnatus? Affirmo cum ICto *in L.* 12. *de suis & legit.* reiecta emendatione, Alc. 3. *Parerg.* 25. & Hot. 1. *Obs.* 17. negationem *d. L.* 12 inferentium. Et expositione Rævar 5. *Var.* 1. quasi *d. L.* 12. hic sit sensus: Postumus natus post mortem patris, agnascendo rumpit testamentum Vid. *L. ult. §. 3. de grad. L. ult. §. 2. C. de codicill. L. pen. §. 1. Quis ordo in bo. poss. serv.* Cui. 14. *Obs.* 11. & *ad Nov.* 115. Lob. 1. *Loc. lect.* 2. Gilb. *Leg.* 3. *Expans.* 13. Vult. *in pr. I. de leg. ag. Success. n.* 6. A. Fab. 10. *Coniect.* 12. Separatur equidem servus heres ab agnato in L. 12. tabb. *Si intestatus moritur, cui suus heres non extabit, Agnatus prox familiam habeto*, sed & consanguinei separantur ab iisdem: nec tamen quisquam infert, consanguineos non esse agnatos: Separatio fit, quia non eodem iure sunt omnes agnati. Cuiac. *d. lo.* Obiic. *L. 7. D. Unde Lib.* ibi, qui sine dubio non est agnatus. Respon. A. Fab. *d. Cap.* 12. Non est agnatus, scilicet proximus, qualis esse debet ex lege 12. tabb. si futurus heres, & quem solum quoad caussam hereditatis lex 12. tabb. pro agnato habet. Sensus igitur hic; Si non vocatur ut suus, neque vocabitur tanquam agnatus. Aliter Gilb. *Reg. d. C.* 13. & Cui. *d. C.* 11. quem *ibid.* Faber refellit. Quæ licet ita sint, inscite tamen inde a Cuiac. *d. C.* 11. colligitur, Suitatem esse speciem agnationis. Quod multis modis falsum est. 1. Quia agnatio intercedit inter patrem, & filium, maxime vivo patre. Suitas autem vere, & proprie consideratur mortuo patre: vid. *sup. N. 3. Cap.* 2. Agnatio est ius sanguinis. Suitas est qualitas heredis; vid. *sup. N. 4. Cap.* 3. Suitatis nulli sunt gradus, sed quisque primo gradu suus. Agnationis autem sunt gradus etiam in liberis *L. ult. §. 2. ibi usque ad 4 gradum agnationis C. de codicill.* Nepoti igitur successio in locum patris defuncti, vel emancipati ius sui tribuit, agnationem non æque. Licet enim per hoc in primo gradu, quoad suitatem constituatur: aliter enim nec fieret suus: manet tamen patri secundo gradu agnatus *d. §* 2. 4. Substitutus pupillariter fratri a patre fit ei suus heres ex ordinatione patria *L. 10. §. 1. de vulg.* Et ita æque utrique patri, & fratri suus. Non æque utrique agnatus; sed illi in primo gradu lineæ rectæ, huic in secundo transversæ. 5. Suitas perimitur manente agnatione. Ut conditione *si volet* institutioni adiecta, Don. noster hic: agnatio tamen non solvitur. Item exheredatus adita eum effectu hereditate, suitatem perdit per dictr *sup. N. 3. Cap.* 4. agnationem non amittit *Leg. ult. D. Unde legit.* Nam si patri agnatus post mortem esse desineret, etiam, in consequentiam, fratribus, quod negat *d. L. ult.* Habetur enim agnationis ratio, etiam post mortem alterius *L. 5 de grad. L. 6. de suis & legit.* licet non sit proprie mortuus cum iis, qui post mortem eorum concepti *L. 8. de suis & legit.* 6. Denique nec olim omnis suus heres erat agnatus: Nam uxor, quæ in manum conveniebat, erat marito suo heres. Agel. 18. *Noct.* 6. Ulp. *t.* 22. §. *sui* 14. Caius *Li.* 3. *Inst.* relatus in *frag.* Pythœi. *Collat. LL. Mosaic. Tit.* 16. Briss. *de Ri. nupt. p.* 488. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 21. ex lege Romuli, si recte Manut *de LL. Rom. p.* 124. Quæ tamen agnata non fuit: quia nec cognata. Nam si cognata fuisset, ob idipsum matrimonium inter eam, & maritum non constitisset. Cognationem quippe, etiam mere civilem, non modo contrahendis nuptiis obstare, sed nec contractis supervenire posse argumento mihi est §. *inter* 2. vers. & *Ideo I. de Nupt.* licet dissentire videatur Cui. 27. *Obser.* 6. Tametsi autem

eam

D. de cap. mi. ac per familiam bona: idest id ius, ut, vivo quoque patre, filius existimetur dominus bonorum paternorum. *L. in suis, D. de liber. & postu. L. pronuntiatio, §. 1. D. de verbor. signific.* Si filius emancipatus sit, aut aliter exierit e potestate; continuo familiam, & cum familia ius, quod ex familia consequebatur, amitti. *d. L. ultim. de cap. mi.* Ideo liberi matri non sunt sui heredes: *§. cæteri, Institut. de hered. qualit. & differen. L. illud, §. ad testamenta, D. de bonor. possess. contr. tabul.* quia fœminæ liberos in potestate non habent. *d. §. cæteri, §. fœminæ, Institut. de adoptio.* Sic nec avo materno: quia liberi patris, non matris familiam sequuntur. *§. 1. Institut. de legit. agnat. tutor.* Emancipati quoque, & qui aliter in potestate patris esse desierunt, hac de caussa sui esse desinunt. *d. §. cæteri, de hered. qualit. & differen. §. emancipati, Institut. de hered. quæ ab intesta. defer.*

VII. Postremum est, ut sint liberi [7] primo gradu. Itaque si quis est filius solus in potestate morientis patris, aut, mortuo filio, si quis solus nepos in potestate avi; hi [8] sui sunt heredes; ille patri, hic avo. Quod si defuncto sint filius, & ex filio nepos; quamvis ambo in potestate morientis; solus tamen filius suus est; nepos non est suus, quem pater gradu in iure sui præcedit. Tunc solum suus futurus, cum pater eius, vivo patre suo, suus esse desierit, aut morte interceptus, aut aliter liberatus patris potestate. Tunc enim nepos in locum patris succedit. Hæc in *§. sui, Institut. de hered. qualit. & different, §. ita demum, Instit. de here. quæ ab intest. def.* Ex quo intelligitur, si filio, & nepote ex eo relictis, semel filius suus heres exstiterit defuncto; nunquam nepotem avo suum heredem futurum. Finge, filium postea se abstinere; Fiet quidem nepos avo heres eo iure, quo post filios defertur hereditas successorio edicto nepotibus, & reliquis inferioribus gradibus, *§. placebat, Institut. de legit. agnator. success. L. 1. §. quibus, D. de succ. ed.* Et maxime post constitutionem Iustiniani *Novell. de hered. ab intest. venien.* qua placet, omnes cognatos secundum prærogativam sui gradus ad successionem ab intestato vocari. *§. si vero neque,* Sed in ea successione nepos suus non erit. Sive, quod qui se abstinet, non desinit esse suus heres, ut dicetur postea: sive quod hic nepos, qui primo gradu in potestate non fuit, non potest esse suus ex definitione. Qua ratione fieri recte diximus, quod a veteribus traditum est, in suis heredibus successionem non esse. *L. 1. §. sciendum, D. de suis, & legit.* Non enim hic plures sunt sui heredes diverso gradu, ut dici possit, primo remoto, alterum in locum prioris succedentem suum heredem futurum: sed unus tantum suorum gradus est, & is primus. In quo cum semel prius heres exstiterit, non potest, qui in sequenti gradu est, dici succedere ut suus, cum suus esse non possit. Sane si filius desinit suus esse vivo patre, dicimus nepotem ex eo succedere in locum patris suum heredem ex *L. Velleia, §. cum filius, Inst. de her. quæ ab int. def. L. Gallus, §. videndum, D. de lib. & post.* Sed tum succedit in locum extranei nepos suus; non autem suus in locum sui; quod hæc definitio non patitur.

VIII. Illud hoc loco monendi sumus, cum quæritur, an nepos sit primo gradu, necne; quo dici possit, eum suum heredem esse, aut non esse; eo tempore quærendum esse, non cum parens moritur, sed cum primum liberis [9] defertur parentis hereditas, ut addidimus in definitio-

eam mulierem loco filiæ testetur, Boet. *in Top. Cic.* & Caius *d. loc.* non tamen fuisse vere filiamfamilias vel inde patet, quod testamenti condendi ius habuit Ulp. *tit.* 20. §. 15. Quin immo ea potius sola proprie erat materfamilias, ut liquet ex Cic. *in Topicis: Genus,* inquit, *est uxor: Eius duæ formæ: Una matrumfamilias; hæ sunt, quæ in manum convenerunt,* &c. Quid quod & maritum huiusmodi uxori suum heredem fuisse videtur innuere Serv. in illud *Virgilii 7. Aen.*

.... Externusque in regnum quæritur heres.

Rectius tamen dicetur, maritum uxori heredem quidem fuisse, sed non suum, Cont. 2. *Subsec. lect.* 10. quia eum nulla fœmina habet *L. nulla 13. de suis & legit.* tum quia familiam non ducit propriam, tum quia in potestate non habet. Ræv. *ad L. 54. de R. iur.*

7) Quod Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 38. *&* *n.* 47. verum putat in successione intestati; secus esse in successione ex testamento, & secundum voluntatem testantis; ubi & nepos, ex exheredato, institutus suus est, *L. 6. §. 5. de acq. her.* Sed præsupponit, quod superius refelli, exheredatione non perimi ius sui. Dissentire videtur & Lud. Taur. *in Com. ad Gallum & L. Velleiam* omnes in familia descendentes gradatim suos fuisse asserens.

8) Cuiac. *in L.* 20. *de lib. & postum.* non plene vulgo definiri suum, qui in potestate est mortis tempore, *per L. 9. §. 2. de li. & postum.* Igitur definit: qui in familia est proximior delatæ hereditatis tempore. Morte filius fit sui iuris, non tamen desinit esse in familia, *L. 3. §. ult. ad SC. Macedon.* et finge, inquit, Filiusfamilias institutus est sub conditione potestativa. ex. gr. Si Alexandriam eat. Post mortem se dat in arrogationem: Postea it Alexandriam. Non est suus heres: Esset autem, si vulgaris descriptio proba, & perfecta. Idem 4. *ad Afric. ad L. 16. de lib. & postum.* definit suum: Qui ex liberis, in familia priorem gradum tenet delatæ hereditatis tempore. Definitiones alias suitatis refert Forst. 2. *de Succ* 18. *n.* 24.

9) De qua vid. Cui. 4. *ad Afric. ad eam L.* & 3. *Obs.* 21. Duar. *ad eam L. in com. ad tit. D. de lib. & postum. circ. fi. fol.* 363. Gov. 1. *Var. lect.* 4. & *Lib.* 1. *Animadv. ad eam L.* Henr. a Suerin. *Repet. lect. C.* 35. A. Fab. 1 *Coni.* 10. & Pac. 5. ℞. 87.

nitione. Sumptum ex §. *cum autem quæritur, Inſtitut. de hered. quæ ab inteſta. defer.* Nam ſi ante id tempus fuit defuncto filius, & ex eo nepos; ſi interim deceſſerit filius, deinde cœperit hereditas deferri nepoti, nepos ſuus heres erit. Quod accidit in hac ſpecie. Qui filium habebat, & ex eo nepotem in poteſtate, teſtamento extraneum heredem inſtituit filio exheredato, nepote præterito. Mortuo teſtatore, non deferri hereditatem filio exheredato certum eſt. Non enim defertur ex teſtamento ei, qui ſcriptus non eſt: nec poteſt deferri ab inteſtato, quandiu teſtamentum valet, & ex eo poteſt adiri hereditas. *L. quandiu poteſt, D. de acquir. hered.* Valet autem teſtamentum, cum filius rite eſt exheredatus. *L. non putavit, in princip. D. de bonor. poſſeſſio. contr. tabul.* Sed nec ideo teſtamentum nullius momenti eſt, quia nepos eſt præteritus. Non enim debuit ab avo hic nepos exheredari, quem pater præcedebat. *L. ſi quis filio, in princip. D. de ini. rup. teſtamen. L. ſcripto, in princip. illic, cæterum. D. unde lib.* Ita fit, ut nec nepoti iſti hereditas deferatur, quandiu ex teſtamento hereditas poteſt adiri. Teſtamento ita conſtituto, dum deliberat heres de adeunda hereditate, quo tempore neutri ex liberis hereditatem deferri diximus, quia ex teſtamento adiri potuit: moritur filius. Deinde heres ſcriptus omittit hereditatem, aut morte eius certum fit, eum heredem eſſe non poſſe. Qua ex re deſtituto, ſeu irrito facto teſtamento, avus inteſtatus efficitur. *Inſtit. de here. quæ ab inteſt. def. in princip.* Unde & inteſtati hereditas incipit deferri nepoti, quem tum gradu nemo præcedit. *§. 1. Inſtit. eod.* Quæritur, iſte nepos in hac ſucceſſione cuiuſmodi ſit heres avo: ſuus, an voluntarius. Voluntarius, dixerit aliquis, non ſuus; utpote quem, mortuo avo, pater gradu præceſſerit. Placet, eum ſuum heredem futurum; quia, quo tempore certum eſt, inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, id eſt quo tempore primum deferri cœpit eius hereditas liberis, ſolus invenitur nepos. Qui quia tum primum gradum obtinet, ideo etiam ſit ſuus. Et hoc ita reſpondetur in *d. §. cum autem, Inſtit. de her. quæ ab int. def.* In quam ſententiam & Papinianus de eadem ſpecie reſpondens in *L. ſcripto. D. unde lib.* obiectionem, quæ hic occurrebat, paulo pluribus diluit. Sic igitur ille ſcribit: non videbitur pater obſtitiſſe huic nepoti: quoniam poſt patris mortem legitima defertur hereditas. Quaſi diceret, quoniam patri vivo nunquam hereditas delata eſt, ut dici poſſit, eum in hac hereditate nepotem præceſſiſſe. Non enim ei deferri potuit ex teſtamento, utpote exheredato: nec potuit ab inteſtato, quæ ſolum poſt eius mortem ab inteſtato delata eſt. Idque eſt, quod apertius ſubiicit: *nec dici poteſt*, inquit, *heredem non ſuum nepotem fore, quod proximum gradum nunquam tenuerit: cum & ipſe fuerit in poteſtate, nec pater eum in hac ſucceſſione prævenerit.* Eiuſdem rei nobile exemplum eſt in ſpecie Africani in [10] *L. ſi filius, D. de lib. & poſt.* Hoc eſt igitur, quod volumus, quamvis moriente avo, filius nepotem præcedat; ſic tamen poſt mortem avi nepotem ſuum heredem exſiſtere poſſe, ſi filius prius, quam utrique deferretur hereditas, deceſſerit; ſic deinde cum cœpit nepoti deferri, ſolus reperiatur nepos, qui in ea ſucceſſione primum gradum teneat, & ſemper tenuerit: ut proinde & hoc tempus ſit ſpectandum, cum quæritur, an nepos ſit primo gradu, & ſuus haberi debeat, an non debeat.

IX. Atqui in ſupraſcripta ſpecie, ſi poſt mortem filii ſcriptus heres adire velit hereditatem; placet, ei licere, & nepotem excludi. *L. ſi quis filio, in pr. 8. de ini. rup. teſt.* Cur non potius dicimus etiam hoc caſu, mortuo filio, nepotem ſuum heredem exinde fieri: atque ita præteritum infirmare teſtamentum, & ab inteſtato ſibi locum facere? Quia non ſtatim, filio mortuo, hic nepos fit avo heres. Obſtat enim ei teſtamentum iure factum, ex quo adiri poteſt hereditas, quandiu heres ſcriptus excluſus non erit. Non poteſt autem dici nepos ſuus heres avo, qui ne heres quidem eſt, ut ſupra dixi. Sed cur non rumpit teſtamentum præteritus? Quia nec teſtamenti facti, nec mortis avi tempore fuit is, quem inſtituere, aut exheredare oporteret vel iure civili, vel prætorio; ut quem pater eius, & is quidem in poteſtate teſtatoris manens, præcederet. *d. L. ſiquis filio, in fin. princ. de ini. rup.* Ex ſupe-

10) Mihi ſic videtur. Quia ex aditione pendet valor exheredationis ideoque vel ſuitas perimitur, ea ſequuta, vel manet, non ſequuta, ex traditis *ſup. N. 3.* igitur ſi deliberante ſcripto, filius exheredatus decedat, quoad in pendenti eſt aditio, in ſuſpenſo quoque ius ſui. Quapropter ſi poſtea adeat ſcriptus heres, nepos non fit ſuus, quia ex aditione (quæ retrotrahitur) iam a mortis teſtatoris tempore ſuitatem filii dum adhuc viveret, exſtinctam liquet. Sin non adeat nepos fit ſuus, quia nec unquam exheredationem valuiſſe ex hoc eventu apparet: vid. *L. 10. ad SC Silan.*

superioribus autem temporibus vis testamenti spectatur, ut consistat, & exitum habeat. §. *in extraneis*, *Instit. de her. qual. & diff.* Sic fit, quod Papinianus scribit in *d. L. scripto. unde lib.* Ut filius in proposito, qui non obstat nepoti iure intestati, iure testati videatur obstitisse. Merito: nam, quo tempore de testamento constituendo agebatur, filius vixit, qui ob id potuit nepoti obstare. Cum autem hereditas ab intestato delata est, repudiante herede scripto, iam filius decesserat. Qui proinde in successione intestati postea delata non potuit nepotem praevenire. Quo fit, ut in hac successione sit primus ex liberis. Ideo & suus.

X. Atque hi sunt, qui iure ipso, & conditione ipsa personae sui sunt defuncto heredes. Quidam sunt, ut dixi, quos voluntas testatoris suos facit, cum alioqui defuncto, cui heredes dati sunt, conditione personae nequaquam sint heredes sui. Hi sunt. Qui patri iure ipso sui heredes constituti, puta filii, iidem filio eiusdem patris impuberi fratri suo heredes in secundum casum substitui sunt. Sic enim fiunt & impuberi sui heredes, tametsi nec sint liberi eius, nec in eius potestate. Nempe ita ius est, ut cum substitutio pupillaris quodammodo sit testamentum patris; placeat, quos potest testator heredes sibi facere necessarios, posse [11] eum & facere filio, ut servum suum, & fratrem impuberis, quamvis nondum natum. *L. sed si.* 10. §. 1. *D. de vulg. & pupil. substit.* De quo & nonnihil attigimus Libro superiore in pupillari substitutione: idemque fecimus superiore Capite in servis necessariis heredibus.

XI. Qui liberi ista conditione sunt, iidem defuncto parenti tam ex testamento, quam ab intestato, item filio cui a parente heredes dati sunt, necessarii sunt heredes. Nisi quid tamen pater hanc necessitatem testamento remiserit, potestate filio facta suo arbitrio hereditatem suscipiendi. Sciendum enim hoc loco est, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, si volent, seu si voluerint. Hac autem conditione institutos, non iam ut necessarios, sed sua sponte heredes existere. Idemque esse, si sub alia quavis conditione instituti fuerint, quae sit in ipsorum potestate. *L. iam dubitari*, 86. *in princ. & fin. D. de her. inst. L. verba.* 12. *D. de cond. inst.* Hanc quidem patris voluntatem esse in superioribus conditionibus, ut ita fiat, ipsae per se conditiones satis ostendunt. Restat, ut voluntas iure confirmetur. Hoc vero praestat lex duodecim tabularum, quae uti quisque legasset rei suae, ita ius esse iubet. *L. verbis*, *D. de verb. sign.* Caeterum extra hanc voluntatem si de conditione personae tantum quaeritur; ita est, ut dixi, conditio superiorum liberorum, ut qui iure sui heredes futuri erant, iidem quoque testatori sint necessarii heredes eodem plane sensu, quo servos heredes a domino institutos necessarios heredes fieri diximus; ut scilicet omnino sive velint, sive nolint, heredes fiant. §. *sui.* ver. *necessarii*, *Inst. de her. qual. & diff.* Sed id iure civili, id est, lege duodecim tabularum. Beneficio autem praetoris hereditatis a se removendae facultatem habent. *d. §. sui. in. f.* De beneficio hoc praetoris postea suo ordine. Nunc hoc statuatur, iure civili liberos, qui sui heredes sunt, eosdem esse & necessarios. Quod quoniam non frustra statuitur etiam post beneficium praetoris, ut postea patebit: ideo quam rationem id, quamque vim habeat, prius considerandum est.

XII. Ac primum de iure ipso occurrit, quod dubitetur, quam recte fuerit constitutum. Iniquum enim esse, nec tantum iniquum, sed etiam absurdum, filium invitum cogi suscipere hereditatem paternam. Iniquum; quia si in hereditate deferenda onus imponitur, fit contra rationem naturalem, & civilem, quae dictat, meliorem conditionem alterius facere licere etiam ignorantis, & inviti, deteriorem non licere. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sin defertur beneficium; pugnat cum regula iuris, qua efficitur, invito beneficium non dari. *L. invito*, *D. de regul. iur.* Est etiam absurdum. Nam extraneis heredibus ad hereditatem vocatis potestas est repudiandae hereditatis, nec quisquam invitus damnosam adire cogitur. *L. nec emere*, *C. de iur. del.* Absurdum, & praeposterum, plus concedere extraneis in hereditate defuncti, quam liberis in bonis patris: cum omnis humanitatis, & naturalis caritatis erga liberos ratio suadeat, cum liberis liberalius, & benignius agi debere. Hanc obiectionem diluit *suorum* adiectio: dum sui dicuntur simul, & necessarii. Sunt autem hi optimo iure sui heredes, ut nihil sit in eo nec iniqui, nec absurdi. Optimo ergo iure & necessarii. Horum utrumque ita esse intelligemus, si scierimus, quid sit hoc *suum heredem esse*, & cur ita dicantur, quos suos vocamus. Quae enim verbi significatio & ratio

11) L. Iul. 42. in fi. pr. de acq. her. Forst. 2. de Succ. 18. n. 35. Diff. Gov. ad L. 2. §. 5. & seq. de Vulg. n. 35.

ratio est, eadem & rationem propositæ necessitatis continere reperietur. Ut vel utraque de caussa faciendum sit hoc loco, ut ratio huius verbi paulo diligentius spectetur; sive quod qui liberi sunt in potestate morientis, non minus hic dicuntur sui, quam necessarii; immo prius sui quam necessarii: sive quod etsi de verbo suorum propter se quærendum non esset, tamen ideo esset quærendum, ut sciremus, cur essent necessarii heredes, ut volumus, quod alioqui non recte statui videretur.

XIII. Quid sit necessarium heredem esse, omnes intelligunt ex significatione verbi nota, ex *§. sui, Inst. de her. qual. & diff.* Quid sit *suum* esse, parum liquet. Si dicemus cum Iustiniano, suos heredes ideo appellari, quia [12] domestici heredes sunt, quasi suus heres significet domesticum heredem, & proprium: *d. §. sui*, usus, & significatio verbi nos coarguet. Non enim recte dicam; iste homo est mihi suus, pro eo quod est, iste homo est mihi domesticus, aut mihi proprius. Ne multis morer; hic suus heres plane eadem forma, codemque modo dicitur, ut meus heres, tuus heres, Nam hæc omnia, mutatis tantum personis, idem significant; nempe possessionem eius de quo dicuntur. Unde a grammaticis appellantur possessiva. Ergo ut meus heres dicitur, qui mihi successit: tuus heres, qui tibi successit; ita recte & apposite dicetur suus heres, qui successit sibi, qui suus successor est, seu qui seipsum sibi successorem habet. Hanc vim subesse huic verbo primus coniecit Viglius ad *§. sui, Inst. de her. qual. & diff.* sed ita, ut in eo nihil certi habeat, nec tradat cæteris. Eodem enim loco scribit, heredem suum esse, quasi domesticum, proprium heredem, & domi natum, quasique sui ipsius heredem, inter quæ multum interest. Nam proprius, & domesticus heres dicitur, qui proprius est, & domesticus patri heres. Nunc autem [13] suum heredem dicimus, qui ipse heres est sibi. Quod & sequi debemus: non solum propter analogiam, quæ est inter ista, heres meus, heres tuus, heres suus, de qua dixi supra: sed etiam quia verbum *suus* reciprocum esse constat: cuius hæc vis est latinis, nec minus omnibus iuris auctoribus, ut alicui tributum non significet aliquid alienum; sed id quod sit eius, de quo loquimur, utpote ad eum se recipiens, unde profectum erat. Itaque [14] cum dicimus filium esse suum heredem, si recte loqui volumus, non significamus, eum esse heredem patris, etiamsi maxime addiderimus esse domesticum: alioqui significaremus, eum esse alienum heredem, seu heredem alterius, quod reciproci significationi non convenit. Sed significamus, ut dixi, id quod vis verbi latinis exprimit, eum esse heredem vere suum: idest sui ipsius heredem, seu sibi ipsi heredem. Significatio hæc verbi est, quæ quidem salva ratione latini sermonis, & usus veterum iuris auctorum in loquendo possit defendi. Rationem verbi, seu unde hæc appellatio nata sit, videamus.

XIV. Et vero significatio quam optime rei convenit. Sic enim res habet, ut cum [15] filii sui heredes succedunt patri mortuo, quam-

12) Græcis αὐτοκληρόνομοι, quia pater in filii persona quodammodo redivivus. Sic Lactantius de Phœnice. Ipsa sibi proles, *suus* est pater, & *suus* heres. Et est hæc vox forensis non oratoria, relata non ad patrem, sed ad eum ipsum; Sic dicitur quis in *suam* tutelam venire *L. 5. Quib. ex ca. mai. L. 51. de Leg. 3.* Hot. 9. *Obs.* 10. Quomodo & Seneca suum assentatorem usurpat, qui sibi ipsi. 5. *de Benef.* 7. Forn. *ad L.* 120. *de V. S.* Forcat. *Dial.* 36. *n.* Balduin. *in §. 2. I. h. t. n.* 5. Conn. 10. *Comm.* 2. *n.* 1. *&* *C.* 5. *n.* 7. Vacon. 3. *Decl.* 50. Ius Civile ait, filiis nomen suorum imposuit, videns patrem, & filium fere eamdem esse personam, & bona patris ratione naturali quasi debita liberis ubi & *N.* 5. Quia vivo patre dominus, idcirco heres suus, id est suorum bonorum dominus.

13) P. Greg. 42. *Synt.* 35. *n.* 23. Curt. 1. *Coni. ad frat.* 8. suum dici quasi domi natum, non allectum, aut aliunde adscitum. Qui tamen idem non ad sperata bona, sed tanquam sua, & semper possessa illum vocari. Coras. *Epistolic.* 97. *C.* 1. suum dici, quasi naturalem, proprium, & domesticum; relatione ad defunctum habita, non ad seipsum, quia, inquit, cum hereditas superstitis non sit, oportet, esse distinctas personas heredis, & defuncti: laudatus a For. 2. *de Succ.* 18. *n.* 7. Idem tamen Coras. 3. *Misc.* 16, *n.* 6, suos dici quasi proprios, & sui ipsius quodammodo heredes. Utraque opinor, notatio vera; nec recte noster Imperatorem insectitur; Quia enim ut sit, & dicatur suus, est ab unionis fictione: inde fit, ut idem, qui vere patri heres est domesticus, tamen quia cum patre idem homo censetur, etiam sibi ipsi heres, & succedat.

14) Diss. Baro *in §. 2. I. h. t.* scribens, loquutionem hanc peculiarem esse ICtis; nec reciprocationem, aut relationem ullam habere: sed absolute dici suum, qui non est extraneus. Hot. 9. *Obs.* 10. Oratorum more, ait, ICti loquuntur, cum dicunt: mulier *suum* filium in potestate non habet: agnoscere filium *suum*. Nec enim continuo qui filium suum, idem suum heredem agnoscit *L. 1. §. 12. L. 3. de agnosc. lib.* His in loquutionibus verbum *suum* refertur ad parentum. A. ubi forense est hoc verbum, refertur ad eum ipsum. Ut *in L. 31. §. 1. de acq. her.* parere suum heredem (ubi non potest verbum *suum* referri ad matrem, quia illi non est suus heres.) Pari prope modo sui, qui suæ mentis, oppositi furiosis *L. 7. §. 9. Quib. ex ca. in poss. eat.* in suam tutelam venire, &c. Et fere ita observatur, ut suus heres dicatur iuridice, heres suus oratorie. Perabsurde vero, qui nos sic loqui volunt. Habeo meum heredem, &c. quos maxime refellunt *L. 1. §. si quis L. 8. de Carb. ed. L. pen. §. 1. de castr. pec. L. 1. §. 12. de agnosc. lib. & simil.* Hæc Hot.

15) A. Fab. 1. *Iurispr. Tit.* 2. *Pr.* 5. *Ili.* 3. *pag.* 51. Ex subtili ratione nullam esse hereditatem in suis, & quandocunque dicitur, id fieri ad usum tantum accommodate, Nulla, ait, hereditas sine iuris fictione. Nulla fictio sine necessitate: Nulla necessitas inducendæ per fictionem hereditatis, nisi ad continuandum dominium in heredem, &c. Unde nec sui vocantur ab hereditate *L. 12. tabb.* sed positi tantum sunt in conditione; Si suus non erit, agnatus familiam habeto. Et Hot. *in pr. I. de Exher.* suum proprie relinqui potius, quam institui heredem. Quem enim Lex facit heredem, institutione non egere. Sed hæc cum grano salis accipienda, nec simpliciter admittenda. Here-

dit-

quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus sibi ipsis quoque succedere videantur, & vere sibi ipsis esse heredes. Quod ius ex eo est, quod filii, qui sunt in potestate morientis, etiam ante quam heredes exsisterent, [16] domini fuerunt, qui, etiam vivo patre, domini existimantur honorum. Id quod propositum est Paulo probare in *L. in suis, D. de lib. & post.* dum id agit, ut probet, in suis heredibus nullam hereditatem paternam vere intelligi, quo efficiat scilicet hac ratione, recte eos suos heredes nominari. Hoc quia ex illo priore efficitur, ideo ad prius illud probandum omnem probationem contulit, idque fecit accuratius. Probat ergo, liberos suos heredes iam olim dominos bonorum existimari etiam vivo patre. Primum appellationibus patrisfamilias, & filiifamilias. In quibus apparet patrem a filio distingui solum in eo, quod alter genitor est, alter genitus. At familiæ verbum utrique pariter tribuitur: ut intelligamus, familiam utrique esse communem. Familiam, id est bona, & quæ sunt propria familiæ, ut est huius verbi significatio exposita in *L. pronuntiatio, §. 1. D. de verbor. signific.* Probat item ab effectis. Nam filii qui in potestate morientis fuerunt, etsi heredes instituti non sint, tamen, mortuo patre, domini sunt ipso iure. *§. 1. Inst. de hered. quæ ab int. def.* Unde, his præteritis, nullum est testamentum. *L. inter cætera D. de lib. & post.* Quod non alia de caussa accidit, quam quod domini fuerunt honorum iam ante; a quibus nec removeri potuerunt, nisi exheredatione. *L. ultim. D. de bon. dam.* Unde & suo iure ea retinent, si non sint exheredati retinentes, omnem alium heredem scriptum ab hereditate removent, atque hoc modo faciunt, ut nullum sit testamentum, nemine herede utiliter instituto.

XV. Non obstat, quod filii dicuntur heredes patri, id est successores in aliena, quæ defunctus habuit, ut est hereditatis definitio. *L. hereditas, D. de regul. iur.* Hoc enim non proprie dicitur; magis, inquit Paulus, hæc suorum heredum successio continuatio quædam est prioris dominii, quam successio; dum scilicet filius novum dominium non consequitur, sed quod prius habuit vivo patre, etiam nunc, eo mortuo, continuat: ut sit unum idemque dominium. Hæc continuatio, inquit, eo rem deducit, ut nulla videatur in suis heredibus hereditas fuisse. Iam enim dixi, hereditatem successionem esse in aliena bona; nempe quæ defunctus habuit, cum moritur. *d. L. hereditas, de reg. iur.* Continuatio autem indicat suum heredem in suis bonis perseverare, non in aliena succedere.

XVI. Nihil ad rem pertinet, quod filius, mortuo patre, consequitur aliquid, quod prius non habuit: id est ut possit suo iure de bonis statuere, quod prius non potuit. Hic enim, inquit Paulus, non consequitur bona, quæ prius quoque eius fuerunt; sed magis liberam honorum administrationem, quam prius non habuit.

XVII. Non obstat etiam, quod licet patri filium exheredare: id est removere a suis bonis. Nam, inquit, & filium olim occidere licebat. Significat, patrem non ideo exheredatione removere filium, quod bona prius filii non fuerint. Alioqui nihil opus erat exheredatione; sed poterat id consequi tacendo, & filium omittendo. Sed removet ideo, quod cum bona filii essent, tamen permissum est patri pro patria potestate eum a successione, removere, si videatur indignus successione. *d. L. ultim. in princ. D. de bon. dam.* Argumento esse, quod patri pro eadem potestate & filium occidere licuit. Quod quidem certissimum argumentum est non recte colligi, quia filium exheredatione a bonis removere licuit, idcirco bona filii antea non fuisse. Constat enim, nihil tam proprium esse cuiusque, quam vitam: quæ omnibus hominibus servis æque ac liberis a Deo tributa ita est, ut nisi vivant, homines non sint. Potuit nihilominus pater iure potestatis filio vitam adimere occidendo. *L. ultim. C. de pat. pot.* Neque tamen quisquam ex eo colligit, vitam, quæ adimitur a patre, non esse propriam filiorum. Quare nec ex eo, quod pater exheredatione adimere potest bona filio, colligi potest, aut debet, bona pro-

ditas non est in suis, id est non necesse est intermedio tempore (quod hic nullum) fingi hereditatem iacentem Forst. 2. *de Succ.* 8. *n.* 6. quæ interim, quoad adeatur, defunctum repræsentet. Alias opinor maxime omnium proprie heres est filius. Si filius ergo heres, inquit Apostolus ad Galat. C. 4. *v.* 7. Gignuntur, non scribuntur, heredes, scribit Sym. *Li.* 1. *Ep.* 15. Et soli filii vere exheredantur, &c. Parum autem subtilem agit Faber dum scribit, nullam hic desiderari fictionem, non animadvertens hoc omne ius sui meris LL. commentis, magis quam naturali rationi, inniti.

16) Non tamen vere, sed quodammodo *d. L.* 11. seu ficte, habent intellectuale, & interpretativum dominium: Institutio autem tribuit verum, & effectuale Alex. Picen. *in Rub. 1 de exher. pag.* 52. Hot. 9. *obs.* 10. Filium suum viventi patri socium, & participem esse Ter. *in Heaut.* *donec salvus redierit meus particeps.* Ausonius: *Iusta quidem series patri succedere, verum Esse simul dominos gratior ordo piis.* adde *not. sup. N.* 15.

pria filii non fuisse. Sed ita, ut dixi, ius est: cum vita filii, & bona paterna etiam vivo patre, sint propria filiifamilias; permissum tamen est patri pro potestate, quemadmodum vitam filio, sic multo magis bona sua adimere, si res exigat. Ratum sit igitur, filiosfamilias etiam vivo patre [17] dominos existimari bonorum paternorum. Quo posito, efficitur, si, mortuo patre, filii patri succedant, heredesve sint, non tam patris, quam suos heredes esse, id est suos ipsorum heredes, seu sibi ipsis heredes, qui & sibi quodammodo, certe in sua bona succedant. Et quod dicuntur patri esse heredes, magis ad administrationem liberam bonorum referri debere, quam ad bona: quoniam vere in administrationem succedunt, quam prius non habuerunt.

XVIII. Hæc verbi significatio, & origo est, cuius ratio exposita simul dubitationem superiorem de necessitate subeundæ hereditatis in suis heredibus expedit [18]. Nam iniquum est, si quis, bona non quæsita, sed sibi oblata suscipere cogitur. Iniquius, si cogitur implicari oneribus non ante susceptis. Adversus liberos in bonis parentum statui, etiam absurdum. Quæ omnia de alienis bonis, & oneribus aliunde delatis recte dicuntur, & ad hæc pertinent ea, quæ supra obiiciebamus. Sed si quis vivo patre habuit bona, & in his obstrictus fuit oneribus bonorum: non mirum, si, & mortuo patre, eadem hæc ignorans, & invitus retinet, neque in eo quidquam aut inique, aut absurde constituitur. Quinimmo naturæ necessitas facit, ut, si quis quid prius habuit, perpetuo etiam retineat, nisi amiserit. Nec vero amoveri possunt invitis creditoribus, si quis in his bonis cœperit aliquibus creditoribus obligari; quoniam nec facto suo quisquam liberari: nec creditorum petitionem tollere, aut mutare potest. *L. si servum*, 91. *§. nunc videamus*, *D. de verbor. oblig. L. debitorum*, *C. de pact.* Huiusmodi sunt autem bona paterna in suis heredibus. Horum illi domini fuerunt etiam vivo patre. Non mirum, si, mortuo patre, eodem iure & inviti retinent, quæ invitis creditoribus, quibus iam ante obstringi cœperant, removere a se non possunt. Quapropter filii sui heredes, iure meritoque necessarii sunt heredes; & ideo necessarii, quia sui: id est quia sibi ipsis succedentes in ea bona, quæ iam ante, quamvis libera administratione detracta, habuerunt.

XIX. Etsi autem secutum est [19] beneficium abstinendi, de quo mox: non eo minus tamen etiam post id beneficium mansit hæc necessitas hereditatis subeundæ in suis heredibus; neque id sine certo, & manifesto huius iuris effectu; ne quis forte rem in subtilitate verborum, non in re positam arbitretur. Nam in his quoque qui se abstinuerunt ex beneficio prætoris, manent etiam post abstentionem sua commoda huius iuris; quibus fit varie, ut prosit, necessarium heredem ab initio extitisse. In eo autem, qui velit heres esse, non dubia commoda sunt, propter quæ interfit ita potius ab initio necessario heredem fieri, quam voluntate. Quamobrem ea necessitas quam vim habeat, etiam nunc cognoscendum est. Ac quæ ex ea commoda sint post abstentionem, dicetur postea in beneficio abstentionis explicando. Pertinet enim hæc quæstio ad effectum abstentionis. Nunc dicam, quid efficiat ab initio in his, qui hereditatem a se non removeant. Et quod suos heredes necessario heredes fieri dicimus, id valet, ut fiant sive velint, sive nolint: idest etiam inviti. *d. §. sui*, ver. *necessarii*, *Inst. de hered. qual. & diff.* Pertinetque hoc ad omnes suos heredes, etiam qui postea se abstineant. Neque beneficium abstinendi a prætore datum id mutat, sed confirmat potius. Ideo enim suus heres se abstinet bonis, quia prius illi quæsita erant etiam invito. Verum ad eum, qui sua sponte hereditatem teneat, hæc necessitas non pertinet. Sed, hac necessitate constituta, intelligimus etiam in his, qui non repugnent, esse consequentia quædam, quæ statui magnopere intersit omnium, ad quos ea res pertinet, ad hereditatem statim, & sine ullo facto heredum acquirendam. Sunt autem ad eam acquisitionem ab initio statuendam hæc istius necessitatis effecta tria, comprehensa breviter in *§. sui autem*, 2. *Inst. de hered. qualit. & diff.*

XX. Primum si sui heredes exsistunt etiam

17) Ita fere & A. Fab. 14. *Coni.* 20. *sub finem*.

18) Alc. *ad L.* 17. *de acq. poss. n.* 17. vocat dominium *κατα προληψιν*, idest per anticipationem, ob spem dominii consequendi. Duar. *ad tit. D. de lib. & post. C.* 3. *f.* 345. Filium esse quasi dominum, propter spem probabilem consequendæ hereditatis, quæ effectu non caret contra tertium, qui habet titulum lucrativum. Unde illi est querela inofficiosæ donationis. Vacon. 3. *Decl.* 50. *n.* 5. filium esse verum dominum, & verbum *quodammodo in d. L.* 11. intelligi ratione administrationis. Quod a veritate theorica non abhorrere putat Vult. *in §.* 2. *I. h. t. n.* 3. Sed Turam. *Ep. acad.* 9. nihil esse a Pauli sententia, aut a vero *alienum* demonstrat, quem vide.

19) Cui occasionem dedisse L. Papirii fœneratoris immane facinus, & in C. Publium ob æs alienum patris ei nexu deditum incestam libidinem, ac turpem de flagitio appellationem, de quo Liv. *Lib.* 8. probabiliter autumat. Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 51. *& seq.*

etiam inviti, exsistent & ignorantes. Sic enim est ratio voluntatis cuiusque, ut magis adversetur, qui aperte repugnat quam qui aperte non consentit; neque tamen aperte contradicit, quod accidit ignorantibus. Quapropter si quid invitis aliquibus acquiritur, multo magis acquiretur ignorantibus, & absentibus. Similiter ut, quae fieri possunt aliquibus invitis: multo magis iisdem ignorantibus fieri posse dicuntur regula iuris. *L. qui potest invitis, D. de reg. iur.* Hoc de ignorantibus suis heredibus moneri eo pertinet, ut quod in heredibus extraneis ad acquirendam hereditatem traditur, scire eos debere testatorem mortuum esse, & se ei esse heredes. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Intelligamus, ad suos heredes non pertinere; sed eos quamvis ignorent, parentem suum decessisse; aut se el heredes esse: sive in facto, sive in iure errent, nihilominus heredes exsistere. Traditum in *L. cum quidam, §. suum, D. de acquir. hered.* Hæc res faciet, ut, si quis ex liberis suus heres patri defuncto factus, priusquam id sciret, decesserit; nihilominus patris hereditatem transmittat ad quosvis heredes etiam extraneos: utpote iam ante quæsitam, licet ignoranti. *L. 3. C. de iur. delib.*

XXI. Iam si exsistunt sui heredes iuris sui ignorantes, exsistent eodem modo, etsi sint furiosi, aut infantes: *d. §. sui, de her. quæ ab int. def.* nam & hos vere ignorare dixeris, absentibus per omnia similes. *L. 2. §. penult. D. de iur. cod. L. coram, D. de verbor. signific.* Unde placet, quibus ex caussis ignorantibus nobis acquiritur, ex his caussis acquiri & furioso. *d. §. sui. L. si a furioso, D. de obligat. & act.*

XXII. Postremo quod placet suis heredibus invitis, & ignorantibus, & absentibus acquiri hereditatem, aperte hoc significat, sine ulla voluntate, aut facto vel ipsorum, vel alterius cuiusquam acquiri. Ex quo rursum fit, quod traditur in *d. §. sui.* nec tutoris auctoritate opus esse pupillis suis heredibus ad acquirendam hereditatem; nec furiosis curatoris assensu. Non enim est opus tutoris, aut curatoris auctoritate in iis, quæ non aguntur a pupillo; *L. 3. D. de auct. tut.* nec eorum assensu in iis, quæ non modo consensum non requirunt, sed etiam adversus voluntatem imponuntur.

XXIII. Et habet hanc vim ab initio ea necessitas hereditatis subeundæ, quam in suis heredibus ponimus. Sed progreditur iure civili longius; nempe ut heredes maneant, qui semel quamvis necessarii exstiterunt, & cogantur creditoribus hereditariis respondere; quæ vis est hereditatis semel quæsitæ. Hæc enim obligat heredem æri alieno, quamvis non sit solvendo, ut postea dicetur. *L. more, D. de acq. her.*

XXIV. Hic vero emendatum est ius civile a prætoribus. Fatendum est enim, acerbum esse non tribuere filiis suis beredibus in hereditate patris, quod extraneis tribuitur. Et vero omnis hæc necessitas onerum subeundorum ex fictione iuris civilis magis nascitur, quam ex vero. Ducitur enim ex hac ratione, quod filius etiam vivo patre dominus existimatur. *§. sui, Inst. de her. qual. & diff.* Magis hoc ita est propter spem certam hereditatis futuræ; quam quod re vera tum sit dominus. Spes quidem certa ex eo, quod ut est in *L. ult. in pr. D. de bo. dam.* naturalis ratio quasi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando. Re autem vera, & præsenti iure pater est dominus bonorum suorum. Quod si pater; non possunt filii eodem tempore vere domini haberi etiam secundum regulas iuris civilis: quoniam duo in solidum eiusdem rei domini esse non possunt: *L. si ut certo, §. ult. D. com.* Ita fit, quod dixi, ut durum sit, & acerbum etiam ob superiorem istam rationem filios invitos implicare oneribus paternis non sponte susceptis. Ideo hanc acerbitatem iuris civilis mitigarunt prætores, & fecerunt potestatem suis heredibus abstinendi se hereditate parentis; ut cum se abstinuerint, id consequantur, quod futurum esset, si heredes non exstitissent. *L. necessariis, D. de acquir. hered. §. sui, in fin. Inst. de her. qual. & diff.*

XXV. In eo beneficio prætoris quoniam maxima ex parte versatur ratio hereditatis suis heredibus acquirendæ, diligenter videndum est, quid eo contineatur. Tria autem hæc spectanda. Primum quid prætor hic tribuat liberis. Secundo loco quibus, quave conditione. Postremo quis huius abstentionis effectus.

XXVI. Primum ergo tribuit prætor suis heredibus potestatem non repudiandi, sed abstinendi se hereditate. *d. L. necessariis.* Abstinere se bonis, proprie est non attingere bona: id quod verbi significatio usitata indicat. Sed hic abstinendi verbum plus complectitur. Est enim hoc non tam facti, quam animi. Ut abstinere se dicantur sui heredes tunc, cum bona paterna ita non attingunt, ut declarent, se here-

hereditatem retinere nolle. Sic hoc verbum describitur in *L. si servum quis*, 71. §. *prætor*, *D. de acq. her.* Quod si quis id non declarat, non ideo abstinere intelligitur; quantumvis bona nunquam attigerit. Argumento est, quod si filius suus heres dum ignorat, se heredem esse, decesserit, nihilominus hereditatem transmittit ad heredes suos: ubi tamen certum est ignorantem nihil bonorum paternorum attigisse ut heredem. *L.* 3. *C. de iur. del.* Quod si ita est, abstinere in suis idem valet, quod repudiare hereditatem in extraneis. Nam & sic repudiatur, recusaturve hereditas, cum quis declarat se nolle heredem esse. §. *pen. Inst. de her. qual. & diff. L. recusari*, *D. de acquir. her.* Nunquam tamen sui heredes dicuntur repudiare. Immo ne repudiare quidem posse existimantur. *L. is qui putat*, *D. de acq. her.* Cur ergo idem factum in suis, & extraneis heredibus eodem verbo non appellamus; cum verba rebus debeant esse consequentia? §. *sed nos*, *Inst. de donat.* & ut est in *L. si idem*, *C. de codicill.* cur diversum his factis vocabulum inditum est, quæ vis, ac potestas una sociavit? Minime vero horum heredum facta in removenda a se hereditate sunt eadem. Finis quidem amborum idem, ut ne creditoribus hereditariis teneantur. At ipsum illud, quod faciunt, ut ne teneantur, diversum, bonis, & iure utriusque distinguitur. Sui heredes iam ante heredes ipso iure facti, bona sibi quæsita a se removent. Extranei nondum quæsita a se depellunt, ne admittere cogantur. Illic abstinendi, non repudiandi verbum: hic contra repudiandi, non abstinendi convenit. Repudiamus enim solum oblata, nondum quæsita. *L.* 1. §. *decretalis*, *D. de succ. ed.* Abstinemus rebus partis, & nostris, dum eas pro iure nostro non attingimus, Hic autem prætor suis heredibus abstinendi potestatem facit, ut nihil adiiciat, quo loco his abstinere liceat, quo idem consequantur. Ex quo intellectum est, etsi facultas hæc datur a prætore; non tamen necesse esse adire prætorem, ut apud eum abstineat suus heres: sed ubicumque id fecerit, etiam extra iudicium, idem, valere. *L. ei qui*, 12. *D. de acq. her.*

XXVII. Quod secundo loco spectandum est in personis, fit hæc potestas suis heredibus, quos quidem voluntas testatoris non fecerit voluntarios. Quod propter eos liberos dicimus, qui conditione personæ sui heredes cum essent, instituti sunt a patre sub ea conditione, quæ erat in ipsorum potestate. Quo facto iam supra monuimus, voluntate testatoris hoc illos consequi, ut non iam ut necessarii, sed sua sponte heredes existant. *L. iam dubitari*, §. *ult.* *D. de her. inst.* Eo fit, ut si hereditatem admittant, cum id sua voluntate faciant, non alia necessitate iuris coacti, etiam beneficio abstinendi careant, ut adiicitur in *d. L. iam dubitari*, §. *ult.* Et merito non permittitur his se abstinere. Sive enim eorum factum spectamus, est, cur sibi imputent, si hereditatem damnosam adierint, cum eam appetierunt. Quam licebat eis non admittere. Sive spectamus edictum prætoris de abstinendi potestate, hoc ad istos non pertinet, utpote propositum a prætore, ut liberos liberaret oneribus hereditariis non sponte susceptis, ut loquitur Papinianus in *L. si filius*, *D. de vulg. & pup. subst.* fit ergo potestas abstinendi se suis heredibus, qui & sui manserunt, ut essent iidem & necessarii. Et fit omnibus, non solum impuberibus, sed etiam puberibus, atque his etiam maioribus. *d. L. necessariis*, *de acquir. hered.* Sed certis conditionibus.

XXVIII. Hæc conditiones duæ sunt. Una, qua prætor hanc potestatem certis personis concedit; ac propterea sub contraria conditione iisdem denegat. Altera, qua hanc ipsam potestatem denegat omnibus.

XXIX. Prior conditio est, si sui heredes se non immiscuerint bonis. Hac conditione detracta, potestatem abstinendi facit impuberibus, ut liceat intelligere permitti his se abstinere omnimodo; id est sive se immiscuerint, sive non immiscuerint. Hac eadem conditione adiecta superiorem facultatem tribuunt puberibus; unde & sub contraria conditione iisdem eam ipsam potestatem adimi intelligimus, idque ita ius est. *L. impuberibus*, 11. *L. necessariis*, *D. de acquir. her.* Sic tamen, ut ex puberibus si qui sint minores viginti quinque annis, qui se miscuerint, quamvis ex hac parte edicti abstinendi potestatem non habeant, ex alia tamen parte hanc consequantur; habent enim beneficio ætatis in integrum restitutionem ex generali edicto de minoribus. *d. L. necessariis*, *de acquir. hered.* *L. ait*, §. *non solum* *D. de mi*, *L.* 1. *C. si. mi. her. se abst.* Utrum tamen dicamus, etiam in re, & commodo utriusque viæ nonnihil interest, quod impuberes se immiscentes, ipso iure abstinendi facultatem habent: *d. L. impuberibus*, *de acquir. her.* Eoque nec desiderant in eo in integrum restitutio-

tutionem, *L. in caussa*, 2. *D. de mi.* Puberes minores se si miscent, iure communi, & ordinario abstinendi facultatem amittunt, quam, nisi restitutione in integrum impetrata, non recuperant. Hæc autem non nisi petita, idque intra tempora restitutioni præstituta impetratur. *L. ultim. C. de in int. rest. mi.*

XXX. Posterior conditio, qua dixi potestatem abstinendi denegari pariter omnibus suis heredibus, est hæc: Si per eum eamve, quæ heres extiterit, factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur. De qua in *L. si servam quis*, 71. §. *prætor. de acquir. her.* Ita scriptum est: ut si quis suus, se dicat retinere hereditatem nolle, aliquid autem amoverit, aut amovendum curaverit, edictum locum habeat; ut qui eorum quid fecit, abstinendi beneficium non habeat. Neque quidquam hic distinguitur, pubes sit, an impubes, per quem quid istius factum erit. Ex quo intelligi debet, etiam impuberes, per quos id factum erit, bis verbis contineri, & abstinendi potestatem non habere. arg. in *L. metum*, 9. *L.* 1. *D. quod met. caus. L. item veniunt*. §. *petitam*. ver. *a quo. D. de her. pet. L. de pretio, D. de Public. in rem act.* Neque hic quidquam patrocinabitur impuberi ætas. Superiore enim conditione designatur is, qui dolo malo quid amovendum curavit, ut declaratur in *d. L. si servam*, 81. §. *amovere, D. de acq. her.* Est autem æquissima, & certi iuris sententia, in delictis ætatis suffragio minores non iuvari; in delictis ætate neminem excusari. *L.* 1. *L.* 2. *C. si adver. del.* Neque hinc eximuntur impuberes, qui doli capaces sunt, quos constat, si qui tales sint, ex omnibus delictis teneri. *L. impuberem*, 23. *D. de furt.* Cætera ad superioris conditionis interpretationem pertinentia si quis requiret, petet ex *d. L.* 81. §. *prætor*. Ubi usque ad finem legis ab Ulpiano dilucide explicantur.

XXXI. De *immiscendi* verbo, quod est in priore conditione sic habendum est [10], *immiscere se* in suis heredibus id esse, quod in extraneis *gerere pro herede*. Hinc definitio Papiniani in *L. cum bonis*, 87. *D. de acq. her.* ut miscere se bonis patris suus heres intelligatur, qui id facit, quod, si remoto familiæ vinculo faceret, pro herede gerere videretur. Remoto familiæ vinculo, id est remoto potestatis vinculo; seu si in familia, & potestate defuncti parentis non esset; & breviter si esset extraneus. Is enim in familia est patris, qui est in eius potestate. *L. ultim. D. de cap. mi. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verbor. signific.* Potestas autem vinculum est, quo filius in familia tenetur. Quid sit pro herede gerere, cum sit factum proprium extraneorum heredum, in eo genere quæri oportet. Quæcunque autem de eo ibi dicentur, debebunt huc omnia referri. Exempli caussa, si filius rebus hereditariis usus est pro suis, si quid hereditarium possedit; se immiscuit, & beneficium abstinendi non habebit: si modo id fecerit sciens se heredem esse, & hereditaria esse, quæ attingebat. *L.* 1. *L.* 2. *C. de repud. vel abst hered. L. cum bonis, D. de acq. her.* Sed rursum hic quæritur de verbo. Cur enim cum idem faciat suus heres, cum se immiscet, quod extraneus, cum pro herede gerit, nominibus tamen hæc distinguuntur? Nempe quod idem factum est, quatenus attinguntur res hereditariæ: at non idem iure heredum, qui ad has accedunt. Quod & in verbo abstinendi, & repudiandi supra respondimus. Nam suus heres cum bona attingit, attingit sua. Suis, & præsentibus se immiscere recte, & proprie quis dicitur. Non item in his pro herede se gerere: non quod non possint dici sui heredes pro herede gerere, cum bonis quasi heredes se immiscent, quorum utrumque in eadem significatione his tribui legimus in *L. pro herede*, §. *si quid tamen*, §. *Papinianus*, *L. filius qui se, D. de acq. her. L.* 1. *C. si mi. ab hereditate se absti.* sed quia pro herede gerere est verbum commune pertinens etiam, & quidem maxime, ad heredes extraneos: illud autem immiscere suorum heredum proprium, ut merito his quoque proprie tribuatur. Quo factum est, ut verbum commune quod erat, pro herede gerere distinctionis caussa traduceretur ad alteram speciem, & in ea proprie usurparetur.

XXXII. Effectus abstentionis sequitur; qui in primis animadvertendus est. Non enim abstentio in suis heredibus id efficit per omnia, ut non habeantur pro heredibus: sed hæc distinctio est, ut cum se abstinuerint, quibusdam in rebus pro here-

10). Quæritur, an si agatur contra filium, agens immistionem, & agnitionem hereditatis, an vero filius abstentionem probare debeat tanquam contra eum sit præsumptio. Prius Tiraq. *Tr. Le mort saisit le vif. P.* 7. *Decl.* 2. *n.* 8. Posterius videtur Modestino, *Pist. P.* 4. *Q.* 34. Et non præsumi immistionem, ubi convenitur filius: præsumi ubi agit ipse, & de suo commodo tractat, tradit Meno. 4. *Præsum.* 99. vide Cu. *Conf.* 11. A. Fab. 31. *Err. Prag.* 10.

heredibus amplius [21] non sint; in quibusdam maneant heredes, ut ante, qui semel extiterunt.

XXXIII. Hactenus abstentione pro heredibus non habentur, dum id agitur, ne retineant hereditatem. In quo sunt abstentionis effectus tres, si superioris illius effectus summi partes spectentur.

XXXIV. Primus hic, ut suis heredibus postquam se abstinuerunt, nihil noceat suos, & necessarios ab initio extitisse, &, ut loquitur Papinianus, ut filius cum se abstinet, idem consequatur iure prætorio, quod emancipatus consequitur, qui repudiavit. *L. pro herede*, *§. Papinianus, illic, nam cum se filius*, *D. de acq. her.* Id autem tria continet.

XXXV. Unum, ne qui se abstinuerunt teneantur creditoribus hereditariis. *L. necessariis*, *D. de acq. her.* Et ut alibi Papiniani verba sunt, ut liberentur sui heredes oneribus hereditariis non sponte susceptis. *L. si filius*, *D. de vulg* Contra quam alioqui futurum erat, si heredes mansissent. *L. more*, *D. eod.*

XXXVI. Alterum, ut si bona, quia solvendo non sunt, possideantur, & distrahantur a creditoribus, contumelia hæc distractionis ad suos heredes non pertineat; sed parentis potius, quam ipsorum bona veneant. *§. sui*, *in fin. Inst. de her. qual. & diff.*

XXXVII. Tertium, ut suis heredibus abstinentibus restitui debeant confusæ actiones. *L. eum bonis*, 87. *§. ultim. de acq. her.* Finge, filiumfamilias habuisse peculium castrense, aut quasi castrense. Contraxisse quid in eo peculio cum patre, dum viveret. Hinc actio filio nata. *L. his nulla*, *D. de iud.* Si, mortuo patre, suus existat heres, huiusmodi actiones confusione amittuntur; dum creditor, debitori suo succedit. *L. Stichum*, *§. aditio*, *D. de sol. L. debitori*, *C. de pact.* Hoc dicimus, si filius hic postea se abstineat, confusas actiones ei restitui oportere: ut vel retineat ipse debitum suum, si conveniatur a creditoribus paternis: vel agere volens concurrat cum aliis creditoribus suo ordine, ut fit in eo herede, qui sub beneficio inventarii hereditatem adivit. *L. ultim. §. in computatione*, *C. de iur. del.*

XXXVIII. Secundus effectus abstentionis priori consequens est hic, ut quemadmodum hereditas abstinenti nihil nocet: sic nec prosit, ut ex ea suus heres quidquam commodi consequatur. Constat enim hereditas omnis commodis, & incommodis, de quibus suo ordine postea. *L. 1. 2. 3. D. de bon. pos.* Quo fit, ut qui hereditatem non habet, quemadmodum non tenetur oneribus hereditariis, sic & commodis careat, quæ sine hereditate obtineri non possunt. Et ita naturalis & civilis ratio facit, ut qui alicuius rei incommoda suscipere detrectat, nec commoda possit obtinere; & contra, ut commoda cuiusque rei eum sequantur, quem sequuntur incommoda. *L. unica*, *§. pro secundo*, *in fi. C. de cad. tol. L. secundum*, *D. de reg. iur.*

XXXIX. Tertius effectus hic est, ut quoniam suus heres abstinendo hereditatem a se removit, ideo sequentibus gradibus, ut substitutis, aut legitimis heredibus inferioribus, locum faciat: idest nihil his obstet, quominus hereditatem adire, & consequi possint non secus, quam si nemo prius heres extitisset. *L. ait: §. sed quod Papinianus*, *D. de mino.*

XL. Sed hæc hactenus, inquam, dum id agetur, ne suus heres retineat hereditatem: uti eam ex iure prius habuit. Quod si id non agetur; tum in omnibus rebus, quæ, ut valeant, heredem prius desiderant, suus heres hunc effectum præstabit, ut ad eam rem habeatur pro herede; atque adeo vere existimetur [22] heres manere cum iure civili, tum prætorio, quamvis semel se abstinuerit. In quo cernuntur illa commoda necessitatis eius, qua sui heredes etiam ipso iure necessarii heredes existunt, quæ commoda etiam post beneficium prætoris, idest post abstentionem suorum manere supra diximus, ad quæstionem de vi, & potestate abstentionis hactenus pertinentia, ut sciamus, hac abstentione in his non mutari, sed manere ius antiquum de suis, & necessariis heredibus: ut vel propter hæc ipsa etiam hodie magnopere intersit nosse, utrum filii patri sui heredes sint, an voluntarii. Hæc commoda tria sunt, testamenti confirmatio, quæ abstinenti non noceat; rerum ab eo bona fide ante abstentionem gestarum ratihabitio; & hereditatis omissa de integro adeundæ potestas.

XLI.

21) Cui. 22. *Obs.* 27. Iure Civ. heres manet qui se abstinet. Prætori non est heres. Hinc si in iure interrogatus dicat, se heredem, ex suo mendacio tenetur perinde ac si pro herede gessisset *L. 12. de interr. in i. fac.* Mentitus enim est prætori, cui non est heres.

22) Semel heres vere nunquam desinit ut *dd. LL.* Ratio. Per successionem heres semel induit personam defuncti. Fieri igitur nequit, ut quam semel induit, deinde exuat, non magis quam ut suam propriam. Nemo enim personam ad tempus habere potest, sive a natura habeat, sive a lege *L. 34. in fi. de adopt.* affabre A. Fab. 27. *de Err. Pragm.* 1. nimis tamen audacter contendens, ne legis quidem potestate id effici posse. Quod alibi forte expendam.

XLI. Primum commodum huius generis positum est in confirmatione testamenti, & rebus ad testamentum pertinentibus. Si quando ergo ad confirmandum testamentum & res testamento relictas herede opus est, ibi placet, quod quidem sine damno, & onere heredis contingat, sufficere ex eo testamento semel suum heredem exstitisse, quamvis postea se abstineat: ut exsistentia sui heredis confirmarit ab initio testamentum; abstentio sequens confirmationem non mutarit. Exemplo sunt libertates testamento datæ: & pupillaris substitutio testamento scripta. Sic ius est, ea quæ testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, seu si ex testamento nullus sit heres, non valere. *L. eam quam, C. de fid. L. si nemo*, 9. *D. de test. tut.* Id ius & ad libertates pertinet, ut nec libertates inde debeantur. *L. 1. C. de fid. lib.* Placet tamen si eo testamento scriptus sit suus heres, libertates salvas esse, quamvis heres se abstineat: quia non sit sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se, ut totidem pæne verbis scriptum est in *L. cum quasi*, §. *sed et si quis, in fin. D. de fid. lib.* Et vero hæc libertatum conservatio abstinenti non est damnosa, cum hic de suo nihil præstet. Eadem caussa pupillaris substitutionis. Nam & hanc nisi adita sit patris hereditas, evanescere traditur *L. 2. §. 1. D. de vulg.* finge, aliquem ex testamento patris exsistere suum heredem, deinde se abstinere. Valet substitutio nihilominus suo herede exsistente confirmata: quia & hanc retineri impuberi abstinenti utile est, ut habeat heredem, nedum id factum ei noceat. *L. Iulianus, D. de acquir. her.* instituerit, exempli gratia, pater filium impuberem, quem habebat in potestate, heredem, eique substituerit Titium; si, mortuo patre, pupillus, qui statim patri suus heres exstiterat, paterna hereditate se abstinuerit, ac deinde impubes moriatur: nulla dubitatio est, quin Titius ex substitutione admittatur. *L. Iulianus, L. quæsitum, D. de acquir. her.* Et hoc est, quod vulgo bene dicitur exsistentiam sui heredis confirmare tabulas pupillares: quæ Bartoli summa est *ad L. filius, & d. L. Iulianus, seq. de acquir. her.* Et generaliter ita definiemus, eum, qui semel heres exstitit, sive quod adivit hereditatem, sive quod necessarius heres exstitit, heredem semper manere, idque utiliter, ubi de hereditate ab eo retinenda non agatur. De finitio tradita in *L. ait*, §. *sed quod Papinianus, in fi. D. de mi. L. ei qui solvendo*, 88. *D. de her. inst.*

XLII. Secundum commodum exsistentiæ sui heredis, quod & ipsum abstentione non mutatur, spectatur in administratione præcedente rerum hereditariarum. Quæ suus heres bona fide gessit in rebus hereditariis, si est is, qui postquam se immiscuit bonis, possit abstinere, ut pupillus ipso iure, pubes minor per in integrum restitutionem, & is postea se abstineat; omnia rata habentur non secus, quam si etiam nunc heres mansisset. *L. quoties*, 44. *D. de acq. her.* Finge, debitores hereditarios solvisse pupillo tutore auctore. Aut pupillum tutore auctore vendidisse res hereditarias, & tradidisse emptoribus. Deinde suum heredem abstinuisse. Et illic liberatio debitoribus semel parta non amittitur abstentione, & hic dominium ita translatum est in emptores, ut avocari non possit. Hæc, inquam, dum bona fide gesta sint. Si mala, nihil ratum est. *d. L. quoties.* Fit autem mala fide, si quid donandi, aut minuendi nulla recogente patrimonii caussa fit. Ut si pupillus tutore auctore liberet debitores donationis caussa pacto, vel acceptilatione: aut res vendat per obreptionem prætoris, quæ vendi non poterant: aut quæ poterant vendi, vendat minoris, quam vendi potuerunt.

XLIII. Tertium commodum adfert exsistentia sui heredis, quod & ipsum post abstentionem manet, & heredi ipsi abstinenti, non aliis tribuitur, ut si suus heres postquam abstinuit se hereditate paterna, velit ex pœnitentia eamdem hereditatem repetere, possit; non quam videatur semper retinuisse, sed quam aditione iterum suam faciat. *L. ult. C. de rep. her. L. si quis suus, D. de iur. del.* Quod sane non alia ex re fit, quam quod prius non plane desierit heres esse abstentione, seu non plane abstentione hereditatem amiserit. Quam si amisisset, ad eam redire aditione non posset. *L. 4. C. de rep. her.* Plus dicimus, si suus heres, postquam se abstinuit, attingat res hereditarias, hoc ipso obstringitur hereditati, nisi doceat, se non eo animo fuisse, ut pro herede gereret. *L. 1. L. 2. C. de rep. her. L. cum bonis*, 87. *D. de acq. her.* Cuius [23] animi indicium est, si res emit a creditoribus hereditariis. Neque enim iure hereditario possidere quid potest, & titulo emptio-

[23]) Ita & Pac. 5. Q. 97.

emptionis, ut eſt in *d. L.* 2. *C. de rep. her.* Et hoc ſi bona fide emit. Ut ibidem adiicitur. Cæterum ſi quis cum bonis paternis ſe abſtinuiſſet, per ſuppoſitam perſonam emptoris bona patris mercatus probetur; placet, eum perinde conveniri debere a creditoribus, atque ſi bonis paternis ſe immiſcuiſſet. *L. ſi is qui bonis*, 91. *D. de acq. her.*

XLIV. Sed hæc poteſtas adeundi hereditatem, a qua ſuus heres ſe abſtinuit, non eſt perpetua. Finitur duobus modis.

XLV. Uno, ſi iam bona venierint vel a ſequente herede, vel a creditoribus. *L. quod ſi minor*, §. *Scævola*, *D. de min. L. ſi quis ſuus*, *D. de iur. del. L. ult. C. de repu. her.* Et olim uſque adeo id placebat, ut nec minori ſuo heredi in integrum reſtitutio daretur ex hac cauſſa. *d. L. quod ſi minor.* §. *Scævola*, *de mi.* Iuſtinianus in hac ipſa ſpecie reſtitutionem dedit in *d. L. ultim. in fin. C. de rep. her.* In quo apparet, eum ius illud ſuperius [24] emendaſſe, ne forte quis hæc pro contrariis in his libris habeat. Eſt enim lex illa Iuſtiniani una ex quinquaginta eius deciſionibus.

XLVI. Altero modo finitur hæc facultas tempore; nempe triennio, ut eadem illa lege Iuſtiniani cautum eſt. Sed triennio cuius initium ex eadem lege varie cedat. Nam in his, qui poſt tempus in integrum reſtitutionis ſe abſtinuerunt, id eſt p[illegible]ſt vice[illegible]mum nonum annum, hoc trienni[illegible]m cedit, ex quo ſe abſtinuerunt. In his autem ſive minoribus, ſive maioribus, qui ſe intra id tempus abſtinuerunt, placet, hoc triennium non cedere; niſi exacto anno viceſimo nono.

XLVII. Ex his ſpectetur breviter ratio hereditatis [25] ſuis heredibus acquirendæ, & quam etiam nunc utile ſit intelligi, eos [26] ipſo iure exſiſtere heredes neceſſarios. Nam ſi ſe heredes eſſe volunt, id conſequuntur iſta neceſſitate, ut ſint ſtatim & ignorantes, nec ad eam acquiſitionem ullo ſuo facto aut alieno indigeant; quod de vi huius neceſſitatis initio diximus. Sin ſe abſtinent, id valet abſtentio, ne hereditas eo ſtatu rerum illis noceat aut proſit, neve in ea obſint ſequentibus. Cæteris in rebus heredes manent, ut prius. Prodeſtque ad eas res, quas modo dixi. Quorum omnium nihil dici poteſt in extraneis, & voluntariis heredibus.

CAP.

24) Non puto. Sed *d. L.* 24. §. 2. loquitur de extraneo herede, per verbum, *repudiaverit*. At *d. L. ult. C. de rep. her.* de ſuo herede Pac. 3. Q. 3. & ita quoque tandem A. Fab. *ad d. L.* 24. §. 2. Male autem, Duar. *ad h. t. D. Cap.* 10. *in d.* §. 2. referri tantum opinionem, & eſſe narrationem, non deciſionem.

25) 10. Suitatis effectus recenſet Zaſ. *ad L.* 11. *de vulg. n.* 16. vid. & Alex Picenard. *ad Rub. l. de Exher. pag.* 56. *& ſeqq.* latiſſime de ſuitate Vaſq. *Lib.* 2. *de Succ. creat.* §. 19.

26) Heredes ſunt ſine ullo facto, abſque cretione, aditione, geſtione, etiam ante apertas tabulas *L. pen.* §. *pen. de bon. li. L.* 3. §. *ult. de her inſt. L.* 8. *C. de I. delib.* Et nullum inter mortem, & exſiſtentiam ſui intervallum Gomez. 1. *Var. reſol.* 9. *n.* 17. ſeu idem utriuſque momentum *L.* 68. *de leg.* 1. *L.* 1. §. 3. *Si quis omiſſ. cap. teſt.* Hot. 9. *Obſerv.* 10. Cuiac. 4. *ad Afric. ad L.* 16. *de lib. & poſtum.* In ſuis idem dies delationis, eſſentiæ, exſiſtentiæ ſeu [illegible]. In extraneis plerunque alius dies delationis, alius acquiſitionis. A. Fab. 13. *de Err. Pragm.* 1. idem eſſe inſtans in ſuis heredibus, delationis, & acquiſitionis, licet hoc ipſum eidem diſpliceat. 1. *Iuriſpr.* 2. *Princ.* 5. *Ill.* 3. eo quod ſuis hereditas delata dici non poſſit per *L.* 15. *de V. S.* Sed vid. *ſup. Lib. VI. Cap.* 3. De differentia ſui heredis, & extranei vid. idem Faber 3. *de Err. Pragm.* 6.

C A P. III.

De voluntariis seu extraneis heredibus: Atque in his primum, quod de suscipienda, aut non suscipienda hereditate deliberantibus conveniat. De iure deliberandi, & de beneficio inventarii; remediis duobus adversus periculum inconsultæ aditionis, aut repudiationis, itemque immistionis, vel abstentionis iure comparatis.

Voluntarii heredes sunt omnes, qui in morientis non fuerunt potestate ad eius hereditatem vocati: Unde & extranei dicti. I.

Quare cum iis, tum suis heredibus necessaria deliberatio. II.

Hec, quia non libera, duo remedia utrisque iure prodita. III.

Vetus remedium ius deliberandi. Huic rei certum tempus legibus præstitutum. Minimum, centum dies: summum, si a Principe, annus, si a Magistratu, novem menses. Hos iudici excedere non licere. Principi non item; sed si verbis annum excesserit, quod amplius anno est, pro nihilo haberi. Media tempora ita relicta in potestate iusdicentis, ut non libidini eius, sed prudentiæ, & æquitati æstimandum permittatur. IV.

Spatium deliberandi heredi extraneo datum, nullum ius in bonis defuncti ei tribuere. V.

Quod iure suo ei non licet, id, rebus exigentibus, a Prætore permitti, & quatenus. Quid in hac re inter suum, extraneumque heredem intersit. VI. VIII. IX.

Deliberanti filio alimenta ex hereditate deberi, & quatenus. VII.

Quis olim impetratæ deliberationis exitus, quidve novi constituerit Iustinianus, quove loco de hac re auctor differat. X.

Novum remedium, inventarium. Quare id vetere tutius, quidve eo heredi concedatur. XI.

Huius partes duæ. XII.

Eius definitio. XIII.

In ritu conficiendi quatuor spectanda. XIV.

Quod nam tempus ad illud conficiendum datum. XV.

A quibus confici debeat. XVI.

Quibus præsentibus, quove modo. XVII. XVIII.

Quid debeat continere. In eo necessaria subscriptio heredis; vel, si literas non novit, aut casu scribere prohibeatur, tertii, specialis tabularii. Quid his scribendum. XVIII.

Quod heredi, qui inventarium rite confecit, tribuitur, id & ad commoda hereditaria, & ad incommoda pertinere. In commodis quid sit. Incommoda non nocere. XIX.

Quæ nam commoda conficientem inventarium sequantur. XX. XXII.

Quæ incommoda non conficientem. XXI.

Quid caverit Iustinianus, ne, dum heredi consultum voluit, iniuria fieret creditoribus hereditariis. XXIII.

Vetus remedium quamvis visum Iustiniano supervacuum: relictum tamen, ut, qui vult, uti possit. XXIV.

Inventarii duo incommoda, & quæ nam, XXV.

Quomodo deliberationem admiserit Iustinianus. XXVI.

Hæ duo remedia heredi libera; ut vel utro velit uti possit, vel, si malit, neutro. XXVII.

I. Voluntarii [1] heredes qui sint, ex divisione heredum proposita, & suorum definitione facile intelligitur. Nam si in liberis hominibus recte opponuntur sui, & voluntarii; perspicuum est in liberis hominibus voluntarios esse omnes, qui non sunt sui. Quod si etiam sui sunt solum hi, quos supra descripsimus; indicat statim hæc eadem definitio, qui non sint in hoc numero. Atque hos in liberis hominibus voluntarios heredes vocamus. Dicamus igitur licet, voluntarios heredes esse omnes, qui ex testamento quidem ad testatoris ipsius, vel ab intestato ad defuncti cuiusvis hereditatem vocati, in potestate morientis non fuerunt, aut non primo gradu: vocati autem ex substitutione pupillari, non sunt ii, qui patri ipsi impube-

1) Ita vocantur *in L. 3. §. pen. de her. inst. L. 18. L. sebt. §. ult. de vulg. L. 13. de opt. leg. & simil.* vid. de extraneis her. Forst. 2. *Success.* 18. *n.* 55. *& seqq.*

puberis potuerint fieri neceſſarii heredes, quia non ſervi eius, non liberi, aut non heredes ſui. Atque hi omnes, quia alieni ſunt a familia, & poteſtate defuncti, ideo uno verbo dicuntur extranei. §. *cæteri, Inſt. de hered. qual. & diff.* Voluntarii ideo dicti, quia his voluntate hereditas acquiritur; ut ſi velint, liceat iis ſuſcipere: §. *item extranus, Inſtit. de hered. qual.* ſi nolint, non cogantur. *L. nec emere, C. de iur. del.*

II. Hæc optio cum ſit in eorum poteſtate, ipſi apud ſe utrum faciant, exiſtimare debebunt. Et eſſet in eo non neceſſaria deliberatio, & mora longior, ſi hereditas nihil unquam in ſe haberet incommodi. Sic enim liceret ſtatim adire; ex quo etiam acquireretur hereditas lucroſa ut plurimum: ſin minus, at certe non damnoſa. Sed habet omnis hereditas incommodum adiunctum æris alieni. Hæc a nobis ſuſcepta obligat nos æri alieno defuncti, ſive ſolvendo ſit, ſive non ſit. *L. more, D. de acquir. her.* Hoc periculum temere adeundum non eſt. Ideo delata nobis hereditate, iam a principio rebus integris cautio eſt, ne ſtatim, & temere aut repudiemus delatam, aut agnoſcamus: ne aut temere repudiando amittamus lucroſam, aut temere agnoſcendo ſuſcipiamus eam, quæ damnoſa eſt, cum ſumma moleſtia reſpondendi & creditoribus, & legatariis. Et quod præcipitur hic voluntariis heredibus, idem & præceptum intelligamus ſuis, & neceſſariis, cum de immiſcendo ſe bonis paternis, aut ſe abſtinendo cogitant. Nam & harum rerum optio illis libera eſt edicto prætoris, & ex alterutro eadem illis incommoda conſequuntur. Quæ res nos admonet, quæ hæc remedia propoſita ſunt extraneis, eadem & ſuis in eadem deliberatione propoſita intelligi debere, communemque hanc eſſe cum utroque genere heredum præceptionem.

III. Si libera eſſet hæc deliberatio, & mora omnibus heredibus, nullis hic remediis iuris opus eſſet ad eam interponendam. Sed hanc auferunt creditores hereditarii. Exſiſtunt enim ſæpe mortuo eo, de cuius bonis agitur, & urgent ſolutionem. Quibus agentibus, ſi defunctus, vel hereditas non defendatur, permittitur illis in bona ire, ac tandem, legitimo tempore tranſacto, diſtrahere. *L. item ait, §. hæc autem, D. ex qui. cauſ. mai. L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poſ.* Et hoc quidem illi iure publico ſtatim impetrant, niſi adverſus hanc poſtulationem eodem iure heredi conſulatur. Quæ res hic fecit neceſſarium auxilium iuris. Id vero hic præſto fuit: & adverſus incommoda repudiationis, & aditionis præmaturæ, quæ urgentibus creditoribus imminebant, duo remedia heredibus voluntariis iure prodita: itemque ſuis heredibus de abſtentione, aut immiſtione deliberantibus. Nam & hæc, ut dixi, ſunt illis cum extraneis heredibus communia. *L. ultim. §. ſin autem dubius, C. de iur. del. L. ait, in princ. D. eod.* Unum eſt vetus; alterum novum a Iuſtiniano introductum.

IV. Vetus remedium eſt ius deliberandi, quod a magiſtratu impetratur, & concedi ſolet intra certum tempus. *L. 1. D. de iur. del. L. ſi quis inſtituatur, 23. in prin. D. de hered. inſt.* Sed quid opus eſt hoc ius impetrare a magiſtratu, ubi per nos iure noſtro poſſumus, ſi videtur, deliberare? Iam dixi, liberum futurum fuiſſe hoc remedium heredibus, ſi nulli creditores urgerent ſolutionem. Et res ita habet. Nullum enim tempus præſtitutum eſt iure civili adeundæ hereditati: ſed [a] ſemper licet ei adire, qui non repudiavit. *L. ſi curatoris, C. de iur. del.* Creditoribus autem urgentibus, & iure agentibus, hæc neceſſitas imponitur heredi, ut aut repudiet ſtatim, quo permittantur bona creditoribus; aut ſtatim adeat, ut ſic exſiſtat, per quem res defendatur: aut certe nemine defendente, cogatur bonorum poſſeſſionem, & diſtractionem pati, ut ante dixi. Et hoc ita futurum erat, niſi prætoris beneficium interveniret. Id autem ſic intervenit, ut prætor polliceatur, ſe deliberandi locum daturum. Non

quo

a) Ut nec longi temporis præſcriptio obſtet *L. 8. Cod. hoc tit.* Neque differentia eſt inter paternam, & maternam hereditatem. Nam quæ *in L. 1. §. ult. ad SC. Tertyll.* habentur verba, *vel longo ſilentio ſopita*, eorum ſenſus eſt: Poſſeſſa ab agnatis matris longo tempore ante SC. non poteſt filius petere. Poſt SC. autem non ſubmovetur ea præſcriptione *d. L.* 8. Cuiac. *ad L. 229. de V. S.* Triginta tamen annis iuri adeundi præſcribi receptior, & verior eſt ſententia, Coraſ. 6. *Miſc.* 21. *n.* 1. Duar. *ad tit. D. de acq. her. C.* 2. licet quidam ne ſpatio quidem longiſſimi temporis heredem excludi contendant (uterque Salyc. quorum rationes argutas expendit, Coraſ. *d. C.* 21.) quos tamen refellit *d. L.* 8. argum. a contrario. Et imo maior ratio in iure adeundi, ut negligentia exſtinguatur, quam in actionibus competentibus, quæ in bonis noſtris ſunt. Hereditas autem delata nondum eſt *L. 63. ad L. Falc.* Duar. *d. C.* 2. qui tamen *f.* 436. ſuum heredem ne longiſſimo quidem tempore ab acquiſitione excludi vult. Et longi temporis mentionem eſſe *in d. L.* 8. quia ex facto de eo quæſitum. Et ſi filius (non ſuus) inſtitutus, putat Duar. lapſis primis 30. annis habere eum alios 30. annos, quibus ab inteſtato poſſit adire: & his etiam exactis, alios 30. quibus ex capite Unde legitimi arg. *L.* 1. *§.* 11. *de Succeſſ. ed.* Poteſt autem & teſtator certum aditioni tempus præfinire *L. 72. de acq. her.* vid. & Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 6. *n.* 8. & Menoch. 2. *de Arb. iud. qq. Cap.* 1.

quo liceat heredi deliberare perpetuo, quandiu videtur: sed intra certum tempus, quod prætor pollicetur se daturum, si a se postuletur. *d. L.* 1. *D. de iur. del.* Hinc ergo deliberandi impetratio nata, eaque potestas conclusa intra certum tempus. Utrumque eiusmodi, ut totam hanc impetrationem sola creditorum persecutio, & instantia faciat necessariam. Inde dictum in *d. L. si quis instituatur*, 23. *in princ.* & §. 1. *D. de her. inst.* postulantibus creditoribus prætorem ex hoc edicto præfinire tempus, intra quod adeatur hereditas, & constituere, nisi intra id tempus hereditas obtigerit, adstaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere, & distrahere iussurum. Congruit *L.* 1. *D. de cur. bo.* Permittitur, ut dixi, hoc ius deliberandi non liberum, sed intra certum tempus, quo scilicet ita consulatur heredi deliberaturo, ne longiore mora noceatur creditoribus suum persequentibus: arg. in §. *cum igitur*, *Inst. de bon. poss.* Hoc tempus se daturum prætor pollicetur, *d. L.* 1. *D. de iur. delib.* quod cum nullum certum præfinitum sit edicto, ut declaratur ead. *L.* 1. idcirco quantum id esse oporteret, quæsitum est. Id vero ita definitum est legibus. Si quæritur minimum, quo minus dare non licet; sunt centum dies. *L.* 2. *D. eod.* si summum, quod frustra excedatur; sunt novem menses, si quidem tempus impetratur a magistratu: annus autem, si impetratur a principe. Iudici novem menses excedere non licet. Principi pro potestate licet: sed si verbis annum excesserit, sic accipi iubetur, ut quod amplius anno est, pro nullo habeatur. Et hoc ita cautum in *L. ultim.* §. *& hæc quidem*, *C. de iur. del.* Media tempora ut olim, relicta in potestate ius dicentis. *L.* 1. *in fin. D. eod.* Hactenus tamen medium tempus in eius potestate, ut hoc non libidini eius, sed prudentiæ, & æquitati æstimandum permittatur: scilicet ut moderatum statuat, ut est in *L. si curatoris*, *in fin. C. de de iur. del.* Moderatum sic accipiemus, quantum sufficit ad cognoscendas facultates hereditarias: æstimandum scilicet pro amplitudine, aut tenuitate hereditatis, locorum, in quibus res sitæ sunt, distantia, & [3] rationibus hereditariis, ut hæ erunt implicitæ, aut expeditæ. Quod si semel datum tempus non sufficere dicetur, iterum petenti dabit prætor, quod sit satis: sed hoc non nisi ex magna caussa: hoc in *L.* 3. & 4. *D. eod.* Magnam caussam intelligemus, si evidens necessitas longius tempus desiderabit.

V. Hoc spatium deliberandi datum heredi extraneo nullum ei ius in bonis defuncti tribuit. Non enim ita datur, ut heredi; sed ut deliberaturo, an hereditatem adeat, necne; ac si statuerit, sibi eam rem non expedire, liceat repudiare. Ut proinde heres intra id tempus non magis possit pro iure suo bona hereditaria attingere; aut tractare, quam si omnino id non impetrasset.

VI. Sed quod illi iure suo non licet, id rebus exigentibus, ei permittitur a prætore hac ipsa parte edicti, quod necesse sit vel ad cognoscendam hereditatem, cuius rei caussa deliberatio instituitur, vel ad commoda hereditatis interim tuenda. Ad cognoscendam hereditatem pertinet inspicere instrumenta hereditaria, quibus se instruere heres possit, expediat, necne, agnoscere hereditatem. Ideo horum inspiciendorum copiam prætor facit. *L. Aristo. D. de iur. del.* Pertinet ad commoda hereditaria bona interdum demimui, & vendi. Et hanc deminutionem prætor concedit caussa cognita, id est si utile sit id fieri. *d. L. Aristo.* §. 1. Utile autem vel propter res ipsas, quæ distrahuntur, vel propter alias res, in quas sumptus faciendi sint, & pecunia ex aliis rebus nimis necessariis quærenda. Propter res ipsas; ut si sint res, quæ tractu temporis deteriores fiant; veluti vinum, frumentum, oleum, & res huiusmodi: aut sint res nimium sumptuosæ, id est quæ sine magno sumptu, & non necessario ali possint; veluti iumenta, aut servi venales, ibidem. Propter res alias: ut si sit æs alienum, quod sub pœna, vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvendum. *d. L. Aristo. in fin. L. ait*, *in fin D. eod.* Si curandum funus, ædificia sarcienda, agri colendi, familia alenda. *d. L. ait*, ver. *in caussa*.

VII. Sed & [4] filium dum deliberat, pla-

3) Rationes impeditæ, ut obiter hic, dicuntur quando nos plus aliis debemus, quam alii nobis. Expeditæ vero quæ liquidæ sunt, & minime conturbatæ: vid. Taubman. *in Prologo Amphyt. Plaut.* Quod si rationes accepti cum expensis rationibus quadrarent, & pares essent, ac hinc inde facta computatione, nihil debebatur *pariari*, & *paria facere* dicebant *L.* 40. *de statulib. L.* 4. §. 1. *de manumiss.* Unde & *pariatio L. ult.* §. 3. *de cond. indeb.* vid. Rævar. *Var.* 9. Duar. *de Cond. indeb. C.* 11. Anton. Aug. 4. *Emend.* 12. Cuiac. 9. *ad Af. in L.* 32. *de Cond. & dem.* Goed. *ad L.* 56. *de V. S. n.* 5. Henric. Salmuth. *in L.* 1. *Memorab.* Pancirolli. *p.* 4. *& seqq.*

4) Et hinc quæstio quis filius hic accipiendus tractata *in L. ult. D. h. t.* cuius species non pertinet ad eum titulum; sed quod inde colligitur Duar. *h. t. C.* 2 licet Cuiac. 3. *Obs.* 37. eam Legem plane fugitivam, & peregrinam esse putet. Appellatione autem filii continetur naturalis *in d. L. ult.* propter apertam voluntatem testantis, qui & u-num

placet, alimenta habere debere ex hereditate. *L. filius*, *D. eod.* Quæ autem res potissimum in hunc usum vendi debeant, sic explicatur in *L. igitur*, *eod.* ut siquidem in hereditate sit vinum, oleum, frumentum, numerata pecunia; inde fieri debeant impendia. Si minus, a debitoribus hereditariis exigenda pecunia. Quod si nulli sint debitores, aut iudicem provocent; venire debeant res supervacuæ.

VIII. Sic autem permittitur heredi ex his caussis res vendere, ut id faciat heres sine præiudicio, ut est in *d. L. Aristo.* *§. 1.* id est ita, ut dum id facit, non ideo videatur pro herede gerere, & hereditati obligetur. *L. pro herede*, *§. servos*, *D. de acquir. hered.* Facit enim deliberationis susceptæ caussa; non quia se velit esse heredem.

IX. Hanc deminutionem permittit prætor extraneo heredi ex caussa; *d. L. Aristo.* *§. 1.* suo heredi, qui deliberet, an expediat hereditatem retinere, denegat, nisi iusta caussa sit, cur permittat. *L. ait*, *in prin.* & ver. *merito*, & ver. *in caussæ*, *eod.* Congruunt hæc quidem in eo, quod & suo heredi permittitur hoc idem caussa cognita, & caussæ permittendi eædem sunt, quas supra exposuimus. *d. L. item*, ver. *in caussæ*. Sed cur non pariter ambobus recta se permissurum ait, non autem extraneis heredibus se permittere; suis vetare? Quia necesse fuit ita edicere. Frustra enim prohiberetur heres extraneus res alienare, qui conditione ipsa personæ satis prohibetur id facere. Ipse enim non est heres prius, quam adierit, eoque in rebus hereditariis nihil iuris habet: nisi quatenus ei permittitur a prætore. Ideo solum hoc providendum fuit in huius persona, ut quod ei iure heredis non licet, id illi a prætore caussa cognita permitteretur. At suus heres, ut statim existit heres, ita & fit dominus rerum hereditariarum *L. heres in omne*, *D. de acquir. hered.* quam ob caussam & suo iure potest res deminuere, nisi prohibeatur. Ideo prohibetur deminuere: quo verbo etiam actiones hereditarias iure ante quæsitas exercere prohibetur. *d. L. ait*, vers. *quid sit*. Sic tamen ut permittatur ei ex caussa.

X. Deliberationis impetratæ olim hic fuit exitus, ut si heres intra præfinitum tempus hereditatem adiret, fieret heres, ut cæteri, qui quoquo modo hereditatem etiam ab initio adivissent, eaque in re iure cum aliis communi uterentur; si repudiaret, eodem iure hereditatem amitteret. Si nec adiret, nec repudiaret, nihilominus iure civili ei adhuc deferretur hereditas, Non enim finitur hoc ius tempore, ut ante dixi. *L. si curatoris*, *C. de iur. del.* Sed tamen prætor ei, quasi repudiasset, denegaret actiones. *d. L. quamdiu institutus*, *D. de acquir. hered.* Verum hæc tria, quæ modo de impetratæ deliberationis exitu dixi, ita se habuerunt olim. Iustinianus autem de singulis paulo aliter constituit in his, qui impetrata deliberatione eorum quid fecissent. *L. ult.* *§. sin autem aliquis*, *C. de iur. del.* Sed quoniam quicquid in his constituitur, contempti beneficii a Iustiniano pro inventario inducti pœna est: non videtur hæc pœna satis cognosci posse prius, quam de inventario, & beneficio in eo Iustiniani dixerimus. Quamobrem & eum Iustiniani ordine in eum locum differemus.

XI. Alterum igitur remedium superioris periculi in hereditate vitandi caussa introductum est a Iustiniano: dum prius visum est neque satis tutum esse heredi, neque expedire creditoribus; certe posteriore invento non esse necessarium. Non semper tutum est heredi. Ut enim diligentissime excusserit heres res hereditarias intra tempora præfinita: potest tamen latere æs alienum, quod postea emergat, & cui ille nihilominus obstringatur. Creditoribus suum persequentibus res differtur longius: ut mora minus illis expediat. Postremo non est necessarium heredi, si illi statim adire ex sequenti remedio nihil nocet. Quæ novi huius introducendi caussa est. Remedium autem constituit Iustinianus tale. Concedit heredi, ut statim adeat sine ullo periculi metu: dum testetur, se hereditatem adire sub beneficio inventarii, & 5 inventarium conficiat iuxta formam a Iustiniano præscriptam, quæ fere summa est constitutionis Iustiniani, quæ de hac re exstat in *L. ultim. C. de iur. del.*

XII.

num eum habuit filium, & dilexit, ac instituit Duar. *d. Cap.* 2. Rævar. 1. *Conject.* 8. per naturalem libertinum *in d. L. ait* intelligit filium naturalem legitimatum, qui & manumitti dicebatur, sed rectius Cuiac. *d. C.* 37. in servitute conceptum, & simul cum patre manumissum, quem Labeo negat *verum* filium esse: id est iustum, & legitimum. Nam alias quoque *verum*, & *iustum* passim promiscue sumi ostendit Radulf. Fornez. 1. *Rer. quotid.* 19.

5) Hoc inventarium vulgo solemne vocatur ad discrimen cæterorum (tutoris, curatoris bonis dati, &c.) nihil solemnitatis requirentium, nisi ut bona fide conscribantur. Quod si tamen hic in forma peccatum culpa tabularii, non nocere id heredi, si alias nihil imputari possit volunt DD. quod & probat A. Fab. 2. *de Err. Prag.* 5. Nam & Duar. *de Acq. her.* C. 6. f. 456. vix quenquam observare formam conficiendi inventarii *in d. L. ult.* descriptam scribit, & Curt. 2. *Conj. adViv.* 9. eam hanc multæ observationis vocat.

XII. Apparet igitur, huius beneficii, & constitutionis duas esse partes; unam de ritu inventarii conficiendi; alteram de effectu confecti.

XIII. Est autem Inventarium bonorum, scriptura rerum singularum, quæ in his bonis sint, descriptionem continens. Sic dictum, quod ibi res sint, quæ quæsitæ inde inveniri, & reperiri possint. *L. ultim. C. de arb. tut.* Unde etiam in usu iuris a nostris appellatur repertorium. *L. tutor, qui repertorium, D. de admin. tut.*

XIV. Ritus inventarii comprehensus in *d. L. ultim. §. sin autem dubius, C. de iur. del.* ubi & ea potestas adeundi constituta est, quam supra diximus. In hoc ritu insunt hæc quatuor, quæ constitutio exigit: Ut intra certum tempus conficiatur; Ut per certas personas; Ut certis aliis præsentibus; Ut certi quid contineat. Ita in eo totidem hæc cognoscenda, intra quod tempus confici debeat; per quos, quibus præsentibus; quid continere.

XV. Tempus ita divisum ad confectionem Inventarii, ut quibusdam heredibus dentur ad eam rem [6] tres menses tantum; aliis annus. Idque ita moderatum pro distantia locorum, ut sint tres tantum menses iis, qui degunt in iis locis, in quibus est tota hereditas, aut maior pars hereditatis: cæteris annus. Sed ita, ut hic annus cedat heredi a morte testatoris: tres autem menses, ex [7] quo primum hereditatem sibi delatam esse cognovit. *d. L. ultim. §. sin autem dubius*, in princ. *§. sin autem a locis*, seq. & *§. donec*. Huic tempori datum, ut per id liber sit heres ab omni persecutione legatariorum, & creditorum, quanvis hypothecas persequentium. *d. L. §. donec.* Non conficienti inventarium [8] intra hoc tempus pœna constituta, ut quemadmodum adiit hereditatem ab initio, ita post id tempus maneat heres; sed hoc amplius debitis hereditariis in solidum teneatur, qui legi non paruit. [9] *ead. L. §. sin vero postquam.*

XVI. Iubetur, confici inventarium per personas publicas; non magistratus, sed tabularios. *d. §. sin autem dubius.* Nam & tabularii publicæ personæ dicuntur in *L. orphanotrophos, C. de ep. & cl.* Et observetur, tabularios exigi plurali numero, non tabularium; idque non tantum in *d. §. sin autem dubius.* sed etiam in *Novel.* I. *§. hinc nobis.* ver. *si vero absunt.* ut intelligamus, adhiberi debere plures, unum non sufficere: scilicet, ut tantæ rei, & tam periculosæ descriptionis certior sit fides, & minus periculose legatariis aut creditoribus noceat; qui postea in re dubia inventario stare iubentur. *§. licentia, ead. L.* Quoniam autem numerus non adilcitur, duo sufficient. Pluralis enim elocutio sicut plures continet, ita duorum numero contenta est. *L. ubi, D. de testi.*

XVII. Præter tabularios aliorum quorundam præsentiam constitutio exigit his verbis, *sub præsentia tabulariorum cæterorumque qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt.* d. §. sin *autem dubius*. Neque quosnam istos cæteros ad eam rem necessarios intelligat, exprimit. Id sumendum est ex *d. §. hinc nobis, Novel.* I. *de here. & Falc.* ubi cavetur, ut adhibeantur ad eam confectionem, præter tabularios, legatarii, & creditores hereditarii omnes: quorum scilicet interest res omnes recte, & fideliter describi; ut sit, unde postea suum facilius consequi possint. Sic autem legatarii, & creditores, si sint in ea civitate, in qua inventarium, conficitur. Si absint, ut adhibeantur, si quos illic habent procuratores. Omnes ita, nisi dignitate, valetudine, ætate, aut aliquo casu impediantur, quominus adsint. Quod si qui ex his aberunt, tum adhibeantur Insuper testes ut minimum tres, integræ existimationis, & qui ibi immobilia possideant.

XVIII. Continere inventarium hæc debet.

6) Inchoari autem debet 30. dies, & intra alios 60. impleri *d. L. ult. §.* 2. vid. Fachin. 4. *Contr.* 35.

7) Vulgo dicunt cedere a die agnitæ, aditæve hereditatis: vid. A. Fab. 2. *de Err. Prag.* 6. *&* 7. Alvar. Valas. *Tomo* I. *Consult.* 52 *n.* 5. Fach. *d.* C. 35.

8) Quid si necessitatem conficiendi inventarii testator aperte remiserit? Valebit remissio quoad legatarios, non autem quoad creditores, quibus testator præiudicare non potest, ut habet communis opinio, Clar. §. *testam.* Q. 66. Valas. *d. Consult.* 52. *n.* 33. P. Greg. 46. *Synt.* 3. *n.* 15. Vasq. *Lib.* I. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 69. *& seq.* Ant. Fab. I. *Iurispr.* 12. *Princ.* 7. *ill.* 7. generaliter definit: Quoties in alterius, quam ipsius testatoris, eorumve, qui ab eo lucrativam caussam habent, favorem inventarium confici Lex vult, non potest a testatore prohiberi. Quare si testator vetat confici inventarium, prohibitio heredi prodest ad hoc, ut etiamsi non fecerit, non teneatur legatariis ultra vires hereditarias. Non autem prodest adversus creditores, quibus utique nocere testator non potuit. Habent enim creditores fundatam intentionem contra heredem, ut obligetur in solidum. Beneficium autem ut de suo heres nihil præstare teneatur, non habet a testatore, sed a lege, quæ non aliter dat, nisi inventarium fecerit. Ergo testator prohibendo videtur vi ipsa cavere, ne utatur heres beneficio; sed iure veteri, quo legatariis tenebatur heres ad dodrantem, creditoribus in solidum. Hæc Faber.

9) An & Trebell. perdat vid. *not.* 5. *Cap.* 29. *in fi. & ibi not.* Num autem filius legitimam ex hac caussa amittit. Negant DD. vulgo teste Gail. 2. *Obs.* 138. *n.* 14. Dissen. Claud. de Bertand. *in Tr. Legitima* C. 13. *n.* 71. *& seq.* Sarmient. 2. *Selell. interp.* 7. *n.* 3. Iure Sax. etsi hæc pœna remissa vid. Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. C. 3. *n.* 384. Rauchbar. *P.* I. Q. 29. *n.* 16. *&* 18. non tamen ipsa inventarii necessitas. Nec obstat *Tex. artic.* 6. *Lib.* I. *Land.* Imo contrarium ex eo liquet, cum heredem ultra vires hereditatis non obstringat, de quibus aliunde, quam ex inventario constare nequit, Moller. 2. *Semestr.* 24. *n.* 3.

bet. Primum quidem [10] descriptionem rerum hereditariarum; sine qua ne inventarium quidem sit. Sed extrinsecus hoc etiam constitutio exigit ad fidem rei gestæ, & quo certius legatariis, & creditoribus adversus fraudes heredis cautum sit: ut habeat inventarium [11] subscriptionem heredis, qua profiteatur res, quæ illic descriptæ sunt, esse hereditarias, neque se scire plures. In his neque se dolo malo fecisse quidquam, neque porro facturum esse. Hæc manu sua subscribere debet, si novit literas: si non novit, aut casu aliquo prohibetur scribere, tertius specialis tabularius adhibendus in hoc solum, ut pro eo eadem illa scribat. Adhibendi præterea testes, qui heredem noverint, & interfuerint, cum heres hanc subscriptionem tabulario mandaret. Hoc in *d. §. sin autem dubius, in fi. ead. L.*

XIX. Effectus inventarii rite confecti ita, ut supra scriptum est, habeat beneficium Iustiniani, quod heredi, qui adiit, confecto ita inventario, ea constitutione tribuitur. Id & ad commoda hereditaria, & ad incommoda pertinet. In commodis hoc est, ut heres ea omnia percipiat, quæcunque solent tribui aliis, etiam qui in solidum satisfecerint omnibus oneribus. In incommodis, ut hæc, si, quæ incidant, quæcunque sint, heredi non noceant. Summa §. *& si præfatam*, & aliquot sequentium, *ead. L. ultim.*

XX. Commoda hereditaria dico, de quibus postea pluribus suo loco; ut heres succedat in ius omne defuncti: *L. heres in omne. D. de acquir. hered.* ut in legatis, si supra dodrantem legatum sit, utatur Falcidia *L. 1. D. ad leg. Falc.* His omnibus [12] fruetur heres, qui ita adiit, & confecit inventarium, ut supra diximus, etiam si hereditas solvendo non sit, eoque nec satisfaciat omnibus. *d. §. & si præfatam, in princ.*

XXI. Incommoda hereditaria hæc tria. Primum obligatur heres æri alieno, etsi hereditas solvendo non sit. *L. more, D. de acquir. hered.* Tum si quid impenderit in res hereditarias quanvis necessario, nullam tamen in eo nomine actionem habet. Se enim sibi ipsi obligare non potuit, cum omnis obligatio contrahatur inter duos. *L. Labeo libro D. de verbor. sign. §. sequens, Instit. de obl.* Deinde si quas ante habuit adversus defunctum actiones, hæ, adita hereditate, confusione amittuntur. *L. debitori. C. de pact. L. Stichum. §. aditio, D. de sol.*

XXII. Detrahuntur hæc omnia heredi ex inventario hereditatem adeundi. Obstringitur is æri alieno, & creditoribus hereditariis; sed non ultra facultates hereditarias. *d. L. ult. §. etsi præfatam.* Impensas necessarias, quas fecit in res hereditarias, suo iure retinet; præferturque in his omnibus legatariis, & creditoribus. *ead. L. §. in computatione.* Ubi & notandum, in hoc numero haberi si quid in funus impendi, vel in testamenti insinuationem, vel in confectionem inventarii. Tametsi videri possit non necessario impendi, quod in hæc duo posteriora impenditur. Actiones, si quæ confusione amissæ sint, illi restituuntur. Sic tamen, ut in his concurrat cum cæteris creditoribus, non primus, sed suo ordine, ut futurum erat, si confusione amissæ non essent. *d. §. in computatione.* Solum hoc ei iniungitur, sine quo non sit omnino heres, ut quemadmodum iure tenetur, sic & respondere debeat legatariis, & creditoribus saltem intra vires hereditarias. *d. §. etsi præfatam, in princ.* In quo si sit controversia inter heredem, & creditores, aut legatarios de quantitate patrimonii, ut bi in patrimonio plus esse dicant, quam heres esse contendit; placet, ipsos hoc probare debere. *d. L. ultim. §. licentia danda.* Unde intelligimus, in re dubia inventario stari: si tamen, ut creditoribus, aut legatariis deferentibus, ut iuret heres non plus esse, quam dicit, [13] iurare debeat. Quod si creditores, vel legatarii probare velint plus esse, placet esse audiendos: ut si probaverint, quod amplius est, computetur in hereditate. Et si heres [14] id amo-

10) Omnium corporum, & incorporalium, fructuum quoque, & accessionum iacente hereditate susceptarum, Coras. *in Tract. inventarii n* 23. vid. Valasc. *Consul.* 52. *n.* 10. P. Greg. 46. *Synt.* 3. DD. volunt & res omnes per peritos viros, mutuo consensu heredis, & creditorum, &c. eligendos, æstimari debere. De quo cum Iustin. constitutio nihil, id displicet Valasco *d. Consult.* 52. *n.* 23. & Fabro 2. *de Err. Prag.* 8.

11) Adhibito etiam iureiurando se nullius conscium esse malignitatis, *Novell.* 1. *Cap.* 2. §. 1. A. Fab. 2. *de Error. Pragm.* 5.

12) Male Curt. 1. *Coni. ad Fr.* 41. Ex inventario adeuntem non esse proprie heredem, eo quod hereditas solvendo esse dicatur, quæ heredem habet *L. libertus* 36. *de bonis lib.* Loquitur enim de iure antiquo; hodie non ita est, invento hoc beneficio. A. Fab. 1. *Iurispr.* 6. *Princ.* 5. *Ill.* 1. Et esse proprie heredem, Tiraq. *Tr. Le mort saisit le vif. P.* 2. *Decl.* 12. *n.* 8. *& seqq.* Cæterum 14. effectus confecti inventarii recenset Greg. Obrecht. *Disput.* 20. *a Th.* 573. *usque ad* 624.

13) Cogitur iureiurando purgare nihil præterea in hereditate fuisse. Usus vero harum regionum ita observat, ut non ad utrumque, sed disiunctim vel ad confectionem inventarii, vel ad iuramentum heres damnetur. Moller. 2. *Semestr.* 14. *n.* 4. Vid. & Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 386.

14) Vulgo putant, heredem convictum quid subripuisse, aut amovisse, celasseve, inventarii beneficio privandum, ut teneatur in solidum. Quam quidem sententiam, Ant. Fab. 2. *de Error. Pragm.* 5. rationem habere fatetur, quia legis

amoverit, aut amovendum curarit, iubetur, duplum restituere, aut in hereditate computare. *d.* §. *licentia*, *ead.* *L.* Sed pro hoc incommodo respondendi, satisfaciendique creditoribus, & legatariis hoc commodum præstatur heredi eadem lege, ut liceat ei, ut quisque primus veniet, & ab eo debitum petet, ita ei primum 15 solvere sine periculo idest ita, ut aliis postea petentibus non teneatur, quamvis iure prioribus. Ut puta, legatariis primo petentibus recte solvet legatum. Si hoc soluto nihil superest, creditoribus non tenebitur. Item inter creditores si primi veniant, quibus sine hypotheca debetur, his solvendo liberatur; & si nihil est amplius, non tenetur hypothecariis. *d.* §. *etsi præfatam*, ver. *sed etsi legatarii* & ver. *sin vero seq.*

XXIII. Sed ne, dum hic consulitur heredi, fiat iniura creditoribus, cavit hoc loco Iustinianus, ne ea solutio creditoribus sit fraudi: sed res tota ita temperetur: ut si hereditas solvendo non sit legatariis simul, & creditoribus, semper prior sit caussa creditorum: idest repetitionis, quam adventicii lucri, iuxta regulam iuris. *L. non debet auctori*, §. 1. *D. de reg. iur.* Et inter creditores semper præferantur, qui hypothecam habent; & in his illi, qui tempore sunt priores suo quique ordine. Quod si eveniet, ut prius legatariis solutum sit, placet creditores quoslibet, etiam chirographarios tantum posse ab his repetere, quod illis datum est ad eam summam, quæ sibi debetur. Id autem facere posse vel condictione indebiti, quasi heres his solvisset indebitum: unde partam indebiti condictionem creditoribus cederet: vel condictione ex lege Iustiniani. Quod si hypothecarii creditores erunt, habent hi pignoris persecutionem iuxta prærogativam temporis sui, non tantum adversus legatarios, sed etiam adversus creditores quoslibet, quibus aliquid prius solutum erit. Hæc in *d.* §. *etsi præfatam*, ver. *licentia creditoribus*.

XXIV. Atque hæc beneficii a Iustiniano in inventario constituti summa est. Post quod beneficium videri potest supervacuum deliberationem postulare: id est prius illud remedium vetus usurpare, pertinens ad eadem incommoda aditionis, aut repudiationis vitanda. Et hoc quidem se putare Iustinianus scribit, *ead.* *L.* §. & hæc quidem. *Cum enim*, inquit, *liceat heredi & adire hereditatem*, & *sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate; quis locus relinquitur deliberationis?* Sed tamen quia plerosque cognovisset etiam postea vetere remedio uti cupere; ne videatur in hac re plane antiquitatis contemptor, his de caussis ibidem scribit, etiam nunc se idem liberum relinquere.

XXV. Nos adiiciemus, etiam magnam caussam fuisse, cur relinquere. Esto enim, habeat inventarii confectio sua illa commoda, quæ diximus: at habet & sua incommoda, quæ non abs re plerique fugiant. Certe si quis fugiat, iure reprehendi non potest. Sunt autem incommoda hæc duo. Unum, quod in tabulariorum, per quos inventarium confici debet, honorariis, tum in his & testibus necessariis alendis magni sæpe sumptus faciendi sunt. Quos tametsi retinere heres potest, si hereditas omnibus solvendo non sit: tamen si sit solvendo, multum de ea minuunt. Alterum incommodum in eo, quod, inventario rerum admisso, necesse est, detegi defuncti facultates. Quod plerique omnes, si liceat, minime volunt: ne si hereditas reperta sit inops; defunctus probro, heredes pudore afficiantur; si locuples, exponatur heres invidiæ, & insidiis: quæ duo locupletum domos sequi solent. Non igitur temere aut relictum est a Iustiniano remedium vetus deliberationis, aut etiam nunc eligitur ab heredibus, si quis hoc malit.

XXVI. Sed tamen ne impune contemneretur beneficium suum, quod solum sufficere putabat, ita admisit Iustinianus deliberationem, ut hanc petenti nonnulla onera imponeret, veluti contempti beneficii sui pœnam. Quæ ita admisit, ut quædam indiceret hereditatem adeunti per id tempus, quo deliberandi ius datum est; quædam per idem tempus hereditatem nec adeunti, nec aperte repudianti; quædam aperte repudianti. Quæ sum-

legis beneficio indignus, qui in eam deliquit, maxime addito periurio. Sed tamen alia pœna *in d.* §. 10. statuta, nimirum dupli præstatio. Quod non hunc sensum habet, quasi cui ex creditoribus, vel legatariis 100. debentur, heres præstet 200. sed ut si rem dignam 100. subtraxerit, cogatur 200. inferre in hereditatem, ut ea 100. illis auctior fiat, & solvendo idoneior. Putant & DD. postquam heres res hereditarias contrectaverit, non esse ei salvum hoc beneficium, ratione præsumpti doli. Quod displicet Fabro 2. *de Error. Pragmat.* 6. Alia, inquit, est ratio iuris deliberandi *d. L. ult.* §. 14. *Cod. hoc t.* quia id non competit ei, qui heres est, sed qui fieri potest. Beneficium autem inventarii, ei qui est; quia cedit ab adita hereditate. Quid autem interest re, an verbis voluntas adeundi declaretur? Nam nec iurare debet, se nihil attigisse, sed nihil amovisse.

15) Nec potest ei imputari quod satisdationem ab his, quibus solvit, de restituendo aliis post venturis, non exegerit, ut olim imputabatur *L.* 41. *ad. L. Falc. tit. D. Si cui plus quam per L. Falc.* vid. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 52. *n.* 38. & *seqq.*

summa est, §. *pen. fin autem hæc aliquis, ead. L.* Si quis impetrata deliberatione per tempus præstitutum hereditatem adeat, ei proposita hæc sunt [16] incommoda duo. Unum, ut nihil prosit ei postea inventarium rerum hereditariarum facere secundum formam supra traditam, quominus teneatur omnibus creditoribus in solidum. Alterum, ut facere tamen necesse habeat, si velit in legatis beneficio Falcidiæ uti: alioqui & legata solida præstare debeat. Ei qui intra tempus ad deliberandum præfinitum non adiisset hereditatem, olim hic erat exitus, ut hereditas pro repudiata haberetur; certe heredi denegarentur actiones, *L. quandiu institutus, D. de acq. her.* Iustinianus hoc invertit, & pro eo habet istum heredem, quasi hereditatem adivisset; ex quo deinde consequuntur incommoda altera duo superiora: ut omnibus creditoribus teneatur in solidum, quamvis inventarium fecerit; legatariis autem item in solidum sine beneficio legis Falcidiæ, nisi inventarium fecerit. Ad extremum ei, qui intra tempus deliberandi repudiavit, hoc quidem tribuit commune cum cæteris heredibus, qui non impetrato deliberandi spatio repudiarunt, ut ne teneatur oneribus hereditariis; sed imponit hoc onus, ut inventarium rite faciat. Ni facit, ut res hereditarias restituere debeat creditoribus, & legatariis, aut cæteris inferioribus, & sequentibus heredibus. Quod sic accipiendum est, ut restituere debeat res hereditarias, quæ scilicet probabuntur in hereditate fuisse. Et si de æstimatione rerum controversia sit, vult Iustinianus, æstimari iureiurando eorum, quibus res restituendæ sunt, adhibita tamen iudicis taxatione. Hæc, ut dixi, in *d. §. pen. fin autem hoc aliquis.*

XXVII. His remediis duobus constitutis, dubitari potuit, utrum ad rectam repudiationem, aut aditionem necesse sit heredi uti alterutro, Sed hæc heredum caussa constituta sunt, ad incommoda futuræ repudiationis, aut aditionis depellenda. Unde intelligi debuit, esse heredi libera; ut si altero uti velit, liceat utro libet. Sin utroque contempto, statim velit hereditatem adire, aut repudiare; & hoc item liceat: ut utrumvis fecerit, ratum sit, sitque is effectus, quem postea harum rerum ex iure vetere esse dicemus. Idque etiam ita cautum est in *d. L. ult. §. 1. de iur. del.*

CAP.

16) Quod non confecto inventario, tenetur creditoribus in solidum, non est pœnæ adscribendum, sed est ex iure communi, quia videlicet conditionem, sub qua ius novum dat beneficium, non implet. Quod autem etiam legatariis in solidum tenetur, nec Falcidiam deducit, id adscribendum est pœnæ: A. Fab. 1. *Iurispr. 12. Princ. 7. Ill. 7.* Id autem visum est utile, quia plurima occultari possunt, fraudandorum legatariorum gratia. Imputet igitur sibi heres cur beneficio non usus sit. Duar. *de Acq. her. C. 6. f.* 456. Iure Saxonico vero heres ultra facultates ex caussa huius omissionis, non convenitur. Zobel. *P. 2. Diff. 55.* Reinh. *P. 6. Diff. 57. n. 6.* Coler. *de Proc. exsec. P. 2, Cap. 3. n.* 384.

CAP. IV.

Extraneis heredibus voluntate neque acquiri, neque amitti hereditatem, ad quam vocati ſunt, niſi his conditionibus tribus: ut & delata ſit eis hereditas; & ſibi delatam ſciant, & hereditati obligari poſſint, vel ipſi, dum ſibi quærunt, vel alii, quibus per eos acquiritur. Delatam hereditatem videri, non quæ ſolum ab initio recte delata ſit, ſed quæ in ea cauſſa perſeveret. Deſinere in ea cauſſa eſſe, cum aut ſemel heredi quæſita eſt, aut ſpes eius acquirendæ amiſſa. Amitti hanc ſpem, & una adeundi, repudiandive poteſtatem, repudiatione heredis, eius morte, tempore. Morte ita, niſi ſi quibus caſibus hereditas non adita ab herede tranſmittitur ad eius heredes: tum quibus caſibus tranſmittatur.

Non ſtatim voluntate aut aequiri hereditatem, aut repudiari; ſed certis quibuſdam conditionibus utriuſque generis acquiſitionis æque ac repudiationis communis. I.

Hæ tres. II.

Prima omnium heredum communis, ut delata ſit hereditas. Non delatam fruſtra & adiri, & repudiari. III.

Ut ſit delata in eo tria ineſſe. IV.

Ut defunctus ſit is, de cuius bonis agitur. Viventis nulla hereditas. V.

Ut ſit delata iure. Id vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. VI.

Defertur teſtamento, ſed iuſto. Si adiecta conditio inſtitutioni, non deferri ante quam ea exſtiterit. Hæc heredi utrum a teſtatore adſcripta ſit, an iure iniecta, ad deferendam hereditatem nihil intereſſe. VII.

Item ab inteſtato; ſed certa conditione, & qua nam. VIII.

Non eſſe ſatis ab initio recte delatam hereditatem, niſi delata perſeveret. Deſinere eſſe delatam cum aut acquiſita eſt, aut amiſſa. IX.

Amitti tribus modis. X.

Repudiatione. XI.

Morte heredis, cum is non adita hereditate deceſſit. Et quare ad eius heredes non tranſmittat nec hereditatem ipſam, neque eius adeundi ius. XII.

Ius hoc temperatum partim conſtitutionibus, partim interpretatione prudentum. XIII.

Omnibus heredibus in univerſum tributum, ut decedentes intra annum, ex quo hereditatem ſibi delatam ſciant, deliberandi, unaque adeundi ius ad heredes quoſvis tranſmittant; Sic vero, ut quod ex eo reliquum eſt, tantum relinquatur ad deliberandum: non amplius. Idem ſi brevius tempus a magiſtratu impetratum. Quid ſi heres non petita deliberatione deceſſerit. XIV.

Item propriis quibuſdam cautis tranſmiſſio recepta; idque vel propter perſonas quorundam heredum, vel propter cauſam, & æquitatem. XV.

Propter perſonas in duobus generibus heredum. XVI.

In liberis; & quomodo. XVII.

Item in infante. XVIII.

Propter cauſam, & æquitatem in duobus caſibus, & qui nam. XIX. XX.

Tempore non amittitur hereditas iure civili, ſed iure prætorio dumtaxat elapſo eo tempore, quod petendæ bonorum poſſeſſioni præfinitum eſt. XXI.

Epilogus. XXII.

I. RE deliberata iuxta ea, quæ ſupra diximus, poteſt de commodis, & incommodis hereditariis heredi proviſum eſſe: de iure acquirendi, aut omittendi hereditatem non ſtatim. Ut maxime re proviſa ſtatuerit heres, utrum velit heres eſſe, an non eſſe; tamen non ſtatim voluntate acquiri hereditas poteſt, aut voluntate omitti. Certæ ſunt in utroque genere conditiones: de quibus ideo ad futuram acquiſitionem, aut omiſſionem ante omnia conſtituendum eſt. Veruntamen ita certæ, non ut quædam ſint, quibus proprie acquiratur hereditas; & aliæ, quibus eadem repudietur, & omittatur: ſed unæ, & eædem utriuſque generis communes; ideſt eiuſmodi, ut qui acquirendæ hereditati præſtitutæ ſunt, eædem ſint & he-

& hereditati omittendæ. Quod indicant hæ definitiones veterum; eius est [1] nolle, qui & velle. *L. eius, D. de reg. iur.* Et quæ superiorem sententiam propius exprimunt; is potest repudiare, qui & acquirere potest. *L. is potest, D. de acq. her.* Item, nolle adire non videtur, qui non potest adire. *L. 4. D. eod.* Quapropter & de his quod ad acquisitionem, & repudiationem hereditatis pariter pertineat in commune dicendum est.

II. Generales conditiones tres sunt, quibus voluntate acquiri hereditas potest, & contraria voluntate amitti: ita constitutæ, ut una aliqua ex his, aut parte eius deficiente, nihil agat voluntas præsens ad hereditatem quandoque acquirendam, nihil voluntas ad repudiandam, & amittendam. Prima est, si hereditas volenti delata sit: secunda, si heres sibi delatam sciat: tertia, si obligare possit eum, cui hereditatem acquisiturus est, sive acquirat sibi, sive alii.

III. Prima conditio ad acquirendam hereditatem omnium heredum tam necessariorum, quam extraneorum communis, est hæc, ut sit hereditas acquisituro delata. Conditio nominatim posita in *L. si quis extraneus, 21. §. 1. D. de acq. her.* pro qua Iustinianus in *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* hanc posuit, ut diceret ita quemque extraneum heredem adeundo, vel pro herede gerendo heredem fieri, si sit testamento institutus, aut ab intestato vocatus ad legitimam hereditatem. His enim modis, ut ante ostendimus, defertur nobis hereditas. In quo ne quis nos putet otiose repetere ea, quæ de deferenda hereditate ante diximus, quæ omnia huc spectarunt, ut intelligeretur, nisi istis modis delata esset, eam acquiri non posse: non nunc hoc idem inculcamus: sed hoc adiicimus, hereditatem non delatam ita in præsens adeundo acquiri, aut repudiando amitti non posse, ut si adita, aut repudiata fuerit, nihil egerit ne in futurum quidem aditio, aut repudiatio: id est nec si postea deferatur hereditas, vel proficiat aditio præcedens ad eam acquirendam, vel præcedens repudiatio ad amittendam: non obstet denique, quin delata postea hereditate, ei qui adiverat, liberum sit ex pœnitentia repudiare, & ei, qui repudiaverat, liberum adire. Sic ergo potius res nobis hic definiatur, non delatam hereditatem frustra adiri: non delatam frustra repudiari: vel, quod idem valet, eum, qui horum alterutrum in non delata hereditate faciat, nihil agere. Quæ posterior definitio exstat in *d. L. si quis extraneus, 21. §. 1. de acq. her.*

IV. Ut delata sit hereditas, in eo tria insunt. Primum, ut sit hereditas; quod ita fit, si decesserit is, de cuius bonis agitur. Secundum, ut delata sit ab initio iis modis, quibus iure deferri solet. Tertium, ut semel delata perseveret. Eo fit, ut si quid in his desit, placeat inutilem esse aditionem. Quod species expositæ docebunt.

V. Primum exigimus, ut sit defunctus is, de cuius bonis agitur: scilicet quoniam non prius incipit esse hereditas. Defuncti enim solum hereditas est ex definitione hereditatis. *L. hereditas, D. de reg. iur.* Proinde [2] viventis nulla. *L. 1. D. de her. vel act. ven.* Non potest autem dici delata hereditas, quæ nondum hereditas est. Hinc ergo illa: neminem pro herede gerere posse, & generaliter neminem de hereditate acquirenda statuere animo suo posse vivo eo, de cuius bonis agitur. *L. neminem, D. de acq. her.* Et contra, qui superstitis bona repudiat, eum nihil agere. *L. qui superstitis, D. de acq. her.* Utrumque, ut dixi, ex eo, quod si quid fit in viventis bonis, fit nondum delata hereditate. Delatam autem hereditatem esse volumus. Quod sane non eo dicitur, ut significetur per id tempus hereditatem non acquiri, aut non amitti; nam de eo nemo sanus dubitat. Sed eo pertinet, ut declaretur, quod supra posui, si quis, vivo patrefamilias, dixerit, se velle esse heredem, aditionem ei ne in futurum quidem prodesse ad acquirendam quandoque hereditatem, aut nocere, quominus recte repudiet, quamvis, patrefamilias mortuo, cœperit hereditas ei deferri. Et contra si repudiaverit, repudiationem nec proficere ad hereditatem amittendam, quam apud se amissam velit, nec nocere, quominus postea delatam recte acquirat. *d. L. qui superstitis, de acq. her.* VI.

1) Ita habet vulgata lectio, & probat Duar. *h. t. de acq. her. Cap.* 8. Rob. 2. *Rec. lect.* 26. *&* 1. *Animadv.* 30. P. Fab. *ad d. L.* 3. & ipse eam Legem ad h. tit. referens, & Græci referente, sed non probante, Rævar. *ad d. L.* 3. Florentinæ Pandectæ habent, *non nolle*, cuius lectionis hic sensus, iuxta Rævar. Is dicendus est dissimulare, qui potest voluntatem suam declarare. Non nolle enim est pati, & non contradicere; seu non nolle dicuntur, qui scientes dissimulant, nec declarant, se vel velle, vel nolle *L.* 1. *§.* 1. *&* 2. *de trib. act.* Ræv. *d. loc.* vid. & Ant. Aug. 1. *Emend.* 2. *cir. fin.* Cuiac. 5. *Obs.* 39. *&* 15. *Obs.* 23. legit, *non velle*, non diffidens tamen & vulgatæ & Florentinæ lectionis sententiam veram esse, quem *ibid.* vide de differentia inter velle, & non nolle, ut & Bell. 4. *Supp.* 14. *n.* 2. *&* 3. P. Fab. & Goth. *ad d. L.* 3.

2) Scite igitur ridet Salvian. *Lib.* 3. testatorem sic instituentem: *Quandoque ego ex rebus humanis decessero, tum ille mihi heres esto*; ref. Cuiac. *ad d. L.* 1. *D. Qui test. fac.* An autem morte spirituali, per assumptionem ordinis Minoritarum, statim confirmetur testamentum, ut, non expectata morte naturali, hereditas adiri possit: vid. Dantz. *de Test. n.* 71. *& seqq.*

VI. Secundum exigimus ad delatam hereditatem, ut sit delata ab initio iure, seu iis modis, quibus iure deferri solet. Non enim defertur, quæ iure acquiri non potest, ut maxime quis velit hereditatem suam ad aliquem pertinere. Solæ nostræ fiunt hereditates, quæ aut obveniunt lege, aut lege confirmantur. *L. lege, D. de verb. signif.* Diximus suo loco, hereditatem deferri testamento, aut ab intestato. *§. ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Quam multis ergo rebus opus est, ut his modis deferatur; tam multis accidet, ut si quid earum rerum desit, inutilis sit interim aditio, aut repudiatio.

VII. Defertur hereditas testamento; sed iusto. Finge ad vim testamenti deesse aliquid aut in persona testantis, aut in solemnibus, aut in institutione, vel exheredatione liberorum necessaria. Constat, inde hereditatem acquiri non posse, ut iure non delatam. *§. ult. Inst. quib. mod. test. inf. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testamen.* Sed de eo minus dubitatur, minusque ad hunc locum pertinet: cum constet ex huiusmodi testamento neque nunc deferri hereditatem, neque deinceps delatam iri, de quo etiamsi dubitetur, satis iam supra de eo diximus. At hoc amplius dicimus, de quo hic iusta dubitatio esse potuit; etsi testamento iusto hereditas ita delata sit, ut spes sit, eam quandoque obvenire posse: si tamen nondum sit delata, interim adiri eam, aut repudiari non posse. Quod fit, cum heres institutus est sub conditione. Quandiu enim non exsistit conditio, ex voluntate defuncti nihil defertur. *L. si plures, D. de cond. inst. L. legata, D. de cond. & dem.* Proinde heres sub conditione institutus, ante conditionem exsistentem ut adeundo, sic repudiando nihil egerit: etiamsi conditio fuerit in arbitrium eius collata, cui in animo habuerit parere, ac postea etiam paruerit. *L. is qui heres, in pr. D. de acq. her.* Pertinet hæc definitio maxime ad omnes substitutos. Nam substitutus omnis instituitur sub conditione, si primus heres non erit, aut defecerit. Inde dictum, quandiu prior heres institutus hereditatem adire potest, tandiu substitutum non posse. *L. 3. L. quandiu institutus, D. de acq. her.* scilicet, quia tandiu substituto locus non est, ut est in *d. L. quandiu institutus.* Id est tandiu ei non defertur hereditas, utpote quæ interim ei delata sit sub conditione. Quæ res faciet, ut nec interim possit hereditatem repudiare. *L. is potest, D. de acq. her.* Conditio heredi, utrum a testatore adscripta sit, an iure iniecta, ad deferendam hereditatem nihil interest. Cum autem in extraneis heredibus exigatur, ut sit cum eis testamenti factio etiam tum, cum adeunt hereditatem, quo exitum habeat institutio: *§. in extraneis, Inst. de her. qual. & diff.* apparet, nihil aliud his verbis, quam extraneis heredibus adire volentibus iniici conditionem, ut adire possint, si tum sit cum illis testamenti factio: Id ergo eam vim habere intelligemus, ut si heres, mortuo testatore, deportatus sit, tandiu nec adire possit, nec repudiare, quod restituto prosit postea, aut noceat. At restitutus utrumque poterit.

VIII. Ab intestato defertur hereditas certis personis: extra quas hereditatem nec acquiri, nec repudiari posse convenit: sed nec de eo hic dubitatur. Defertur his ipsis personis certa conditione: nempe omnibus in universum, si is, de cuius bonis agitur, intestatus decesserit. Hoc ergo est, quod de hoc genere dicitur, quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non deferri. *L. quandiu potest, D. de acq. her.* Id autem est, tandiu nec ad nos pertinere, ut adiri possit, aut repudiari. *L. in plurium. L. illud, D. eod.* Sed & in heredibus ipsis legitimis plures sunt gradus, quorum posteriores non vocantur nisi hac conditione, si priores non exstabunt. Quamobrem ut in pluribus diverso gradu substitutis; sic istis heredum legitimorum gradibus positis, expectamus in singulis, donec posterioribus delata sit, quo ab his adeatur, aut repudietur hereditas. Arg. in *d. L. heres institutus. L. in plurium, de acq. her.*

IX. Non est satis ab initio recte delatam esse hereditatem, ut dici possit nunc esse delata, nisi etiam delata perseveret. Non enim amplius delata est, quæ delata esse desiit. Itaque ad delatam hereditatem hoc etiam tertium exigebamus, ut delata perseveraret. Desinit delata esse duobus modis: si vel iam quæsita sit heredi, vel spes eius acquirendæ amissa, aut, ut veteres loquuntur, si hereditas ipsa amissa sit. Quæsitam quidem hereditatem amplius quæri non posse constat. Quod enim nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. *§. sic itaque Inst. de act.* Ac nec de eo laborat quisquam, ut quam iam quæsitam habet, amplius acquirat. Sed hoc moneri eo pertinet, ut sciamus, quæ ita quæsita est, iam amplius delatam non esse: cum ut dixi, definiatur ea delata, quam quis potest adeundo consequi. *d. L. delata, de ver. sig.* Hoc autem posito de-

latam non esse, fit id, quod traditur in *L. 4. C. de rep. her.* & de quo potuit ambigi, cum qui ita quæsivit, quæsitam renuntiando nihil agere, sed ius quod habuit, retinere. Scilicet, quia nemo repudiare potest, nisi delatam. *L. si quis extraneus*, *§. 1. D. de acquir. her.* Nemo repudiare, nisi qui & acquirere potest, ob eamdem caussam. *L. is potest*, *D. eod.* Quamquam huius retentionis etiam alia ratio est; de qua in effectu quæsitæ hereditatis dicetur postea.

X. Non minus delata esse desiit, quæ semel delata amissa est. Amissa hereditas ut postea repudiatur supervacuo, quæ iam fatis amissa est; ita amplius mutata voluntate acquiri non potest; quippe non amplius delata. *d. L. 4. C. de rep. her.* Delata hereditas amittitur, aut repudiatione heredis, aut morte eius, aut tempore.

XI. De repudiatione, & eius effectu dicetur pluribus postea. Nunc hoc teneatur, quod locus postulat, repudiatione amitti hereditatem. *L. is qui heres*, *D. de acquir. hered.* Ita amissam ut iam minime delatam, post quæri non posse. *d. L. 4. C. de rep. her.*

XII. Morte heredis amittitur hereditas, cum is non adita hereditate decessit. Nam illud quidem certum est, ipsum qui mortuus est, amplius adire, aut agnoscere hereditatem non posse. De herede autem eius ita regula iuris definit, hereditatem non aditam, aut bonorum possessionem non agnitam ad heredes non transmitti. *L. quoniam*, *C. de iur. delib. L. unica*, *§. in novissimo*, *C. de ead. tollen. L. emancipata*, *C. qui adm. ad bon. pos. pos.* Qua regula non significatur, ipsam hereditatem tanquam defuncto quæsitam non transmitti. Esset enim superfluum monere: cum fatis constet, illi quæsitam non fuisse, quam ponimus non fuisse aditam. *§. item extraneus*, *Instit. de her. qual. & differen.* Sed significatur hoc amplius, non transmitti ita, ut heredibus deferatur, quo possint eam adeundo consequi. Et in summa nec 3 ius adeundi ad heredes transmitti. Id quod inter alia indicat eius regulæ exceptio tradita in *L. cum antiquioribus*, *C. de iur. del.* ubi non illud tribuitur heredibus heredis qui non adivit, ut hereditatem habeant velut iam quæsitam, quod fieri non potuit; sed ut possint adire, quod defunctus poterat. Hæc res facit, ut, herede ante aditam hereditatem mortuo, vere dicamus morte eius hereditatem esse amissam, seu in ea caussa esse cœpisse, ut iam adeundo acquiri non possit; quæ scilicet amplius adiri non potest, nec a mortuo, qui non est in rerum natura; nec ab heredibus defuncti, quibus iure non defertur, quia ad eos non transmittitur. Sed esto, dicet aliquis; recte placuerit hereditatem, quæ defuncto quæsita non est, ad heredes non transmitti: cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *L. nemo plus commodi*. *L. nemo plus iuris*, *D. de reg. iur.* At ius adeundi saltem heres habuit. Cur ergo e converso id non transferat: cum sit certi iuris; heredem in omne ius defuncti succedere, quod & ipsum definitio hereditatis efficit? *L. heres in omne*, *D. de acq. her. L. hereditas*, *D. de regul. iur.* Eo fit, quia ad ea, quæ personæ cohærent, hoc ius non pertinet. Quod personale est, ad heredem non transit. *L. non solum*, *§. tale*, *D. de lib. leg. L. quia tale*, *D. solut. matrim.* Tale est autem ius hereditatis delatæ adeundæ. Id enim personale definimus, cui personæ conditio locum facit; *L. in omnibus caussis id. D. de regul. iur.* seu in quo alicui tribuendo personæ tantum eius, puta meriti, dignitatis, reverentiæ ei debitæ, aut similium rerum personæ cohærentium ratio habetur. *L. maritum*. *L. quia*, *seq. D. sol. mat.* Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim certis tantum personis, & his ob meritum, aut coniunctionem sanguinis, aut aliis de caussis personæ cohærentibus, puta testamento, scriptis tantum heredibus, erga quos propriis de caussis afficitur testator. *L. nec adjecit*. *L. & quia*, *seq. D. pro soc.* Ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, & similibus. Quo in numero constat non esse heredes heredis scripti; quoniam ipsi scripti non sunt, nec ad affectionem defuncti eodem modo pertinent. Constat item, non esse liberorum, & cognatorum heredes, qui ipsi nec liberi sunt, nec cognati.

3) Variæ rationes adferri solent, quas refert Alc. 3, *Paradox.* 5. Non expedit rem ea, quia ante aditionem nullum ius habet qui decessit. Cur enim facultas acquirendi non transmittitur, Duar. *h. t C.* 5. & *Lib.* 2. *de iur. accresc. C.* 17. putans id ius augendi, & locupletandi fisci caussa constitutum, ut plura caduca fierent; ideoque id postea varie temperatum. Nicol. Valla *de Reb. dub. Tract.* 6. aditionem consistere in mera facultate, quæ non est in bonis nostris A. Fab. 14. *Coniect.* 1. sic. Ius adeundi pendet ex delatione *L.* 151. *de V. S.* Hereditatem autem non defert Lex nisi vel scriptis, vel, ab intestato, proximis agnatis, non etiam eorum heredibus. Ex sola porro delatione non acquiritur heredibus, nisi necessariis. Defertur hereditas ignoranti, & invito; acquiritur non nisi volenti. Aliud est in legato, quod transmittitur non agnitum, quia & (ex sententia Fabri vid. not. *inf. Lib.* 8. *Cap.* 18. *N.* 1.) ignoranti acquiritur. Sed Donelli nostri ratio hic longe expeditior, quam & tradit in op. post. *ad L. 4. C. Qui admitti.*

ti. Beneficium ergo delatæ hereditatis personæ superiorum cohæsit. Ideo & cum persona exstinguitur, nec transit ad heredes. *d. L. quia tale, D. sol. mat.*

XIII. Sed iustis de caussis hoc ius temperatum est partim constitutionibus, partim interpretatione prudentum, & admissa hæc transmissio. Quod quibus in caussis receptum est, in his accidit, ut mortuo ante aditam hereditatem herede, nihilominus integrum sit ius adeundi eius heredibus, ut futurum foret defuncto, atque hoc modo etiam heredis heredibus hereditas deferatur.

XIV. Ac 4 primum omnibus heredibus in commune tributum constitutione Iustiniani. *L. cum antiquioribus, C. de iur. delib.* Ut si delata sibi hereditate, quam & sibi delatam sciant, decedant intra annum, ex quo delatam cognoverint, ius deliberandi, & una ius adeundi ad heredes suos quoscunque transmittant intra id tempus, quod ipsis, si viverent, ex eo anno ad deliberandum reliquum esset. Quod hac ratione constitutum accipiendum est, quasi scilicet heredes, cum sciunt sibi delatam hereditatem, neque adeunt, existimentur deliberare de hereditate, & id ius deliberandi, atque ex eo ius adeundi, si expediat, sibi sumere. Quod sumptum, & velut suum factum, non mirum, si ad heredes suos transferunt. Sed ius, ut dixi, intra annum conclusum, quasi non longius tempus ad deliberandum constitutio esse voluerit, quod & ipse Iustinianus apertius postea definivit in *L. ult. §. & hæc quidem, C. de iur. del.* Si impetrata a magistratu deliberatione brevius tempus heredi vivo datum erit, intra id decedens, non amplius quam quod inde reliquum erit, ad heredem transferet, ut significatur in *d. L. cum antiquioribus, §. 1.* Ubi cavetur, ut si deliberationem meruit heres, cum petiisset, hanc in suam successionem transmittat. Anni autem spatium postea assignat ei, qui deliberatione non petita decessit.

XV. Quod si heres aut delatam sibi hereditatem ignorans, aut anno exacto postquam cognovit, non adita hereditate decesserit: vel hæc ipsa constitutio declarat, his casibus non æque admitti hanc transmissionem. Et ita est; non æque admissa est in omnibus heredibus; admissa tamen in quibusdam propriis rationibus. Tributum hoc partim personæ quorundam heredum, partim rei, & caussæ.

XVI. Favore personarum recepta hæc transmissio in duobus generibus heredum.

XVII. Primum in liberis. 5 Liberi parentum hereditatem sibi delatam nec aditam, morientes, quamvis iuris sui ignari, ad liberos suos, eosdemque suos heredes transmittunt. Ut si filio delata sit hereditas patris, aut matris, filio mortuo, ad liberos eius avi, aut aviæ defunctæ nepotes, si volent, avita hereditas sine ulla præscriptione temporis pertinebit. Effectum hoc constitutione Theodosii *L. unica, C. de his qui ante ap. tab. her. transf.* quæ constitutio commemoratur in *L. unica, §. in novissimo, C. de cad. tol.*

XVIII. Idem receptum alia eiusdem principis constitutione in persona 6 infantis heredis, cui mortuo pater sit heres. Sic autem constitutio est, ut delata infanti hereditate, liceat parenti, cuius in potestate infans est, infantis nomine here-dita-

4) A. Fab. 14. *Coniect.* 1. Extra duas exceptiones (Adscendentium in descendentes *ex L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* & ratione adiuncti, iuris deliberandi *ex L. 19. C. de I. de lib.* regulam perpetuam esse. In suis enim locum habet transmissio hereditatis iam quæsitæ; vid. *N. seqq.* in casu autem *L. 18. C. de I. delib.* (quando infanti delata hereditas) acquiritur patri non vi transmissionis, sed iure patriæ potestatis, ut Lex ait, ex constitutione Imperatoris contra regulas iuris, quibus patria potestas finitur morte. Aliquando tamen ita succurritur heredis heredi, ut etiam non transmissæ hereditatis commodum sentiat, vel data actione contra illum, per quem factum, quo minus transmitteretur, ut in *L. 1. §. 8. si mul. venter. nomine, &c.* vel datis actionibus hereditariis utilibus *L. 3. §. 30. ad SC. Sil. L. 12. de Carb. ed.* Aliquando etiam non adita transmittitur beneficio restitutionis in integrum, quoties videlicet ille ipse, qui ante aditam hereditatem decessit, potuit ad adeundam restitui. In hunc sensum Faber, quem vide.

5) Quod intellige de liberis emancipatis, vel heredibus matris. Hi enim tantum ad descendentes suos transmittunt nondum acquisitam parentum hereditatem. Et de his loquitur *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Filius autem suus ad quoscunque transmittit. Duar *h. t. C. 5. f. 411.* (quicquid contradicat Cuiac. 4. *ad Afric. ad L. 16. de li. & postum.*) imo vere ne transmittit quidem, quia cum existat absque agnitione *L. 14. D. L. 8. C. de suis & leg. L. 3. C. de I. delib.* potius heres eius ad bona iam quæsita admittitur. Duar. *ad tit. D. de vulg. & pup. C. 10. f. 380.* & *ad h. tit. D. C. 5.* Coras. *Epistolic. qq. C. 1. n. 4.* A Fab. 14. *Conf. 1.* Cabot. 2. *Disp. 13. Transmissio,* inquit, *in suis non est hereditatis quærenda, sed quæsita L. 19. §. 1. de castr. pecul. L. 11. in fi. cum 2. seqq. de mil. test. & simil.* Neque hic opus ulla constitutione, sed tantum interpretatione. Duar. *d. C. 1.* tametsi quibusdam visum sit, hanc quæstionem (an suus hereditatem paternam etiam ad extraneos transmittat) indigere Cæsarea decisione. Non obstat *L. 19. C. de I. delib. in pr.* ubi filiusfamilias transmittit in suam posteritatem. Nam id tantum obiter ibi asseritur (verba sunt enunciativa, non dispositiva, ut vulgo) & ea verba etiam de aliis successoribus, quam liberis accipi possunt Duar. *d. C.* An autem hoc ad emancipatos hodie extendendum ex Nov. 118. qua suis exæquantur, & hi ad quoscunque heredes hodie transmittant? Negat Duar. *ibid.* quia dicta Nov. loquitur de successione intestati, non de iure sui, eiusque effectis. Vid. & de hac transmissione Gov. 1. *Var. lect.* 4. *n.* 1. Vaçon. 3. *Decl.* 50. *n.* 18. *& seqq.* Vasq. *Lib.* 1. *de succ. progressu §. 6. & 7.* & de aliis transmissionis speciebus, *ibid. & §. 8. ac 9.* & Simon. de Prætis *Li. 3. de interpr. ult. volunt. Interpr. 1. dub. 5. sol. 4.* Gomez. 1. *Var. resol.* 9. A. Fab. 34. *Err. Pragm.* 4. *& seqq.* Iac. Schulth. *in addit. ad* Modest. Pist. *P. 4. Q. 131.*

6) Vid. not. *sup.* ex Fabro *N.* 4 & Duar. *h. t. C. 5. f. 413. & seq.* An dispositioni *d. L. 18.* locus sit etiam in matre vid. Tessaur. *Decis.* 88.

ditatem adire; eique hoc modo acquirere. Quod si adire neglexerit, ut infante mortuo nihilominus hereditas ad parentem redeat patrio iure, quasi iam ante infanti quæsita. Hoc in *L. si infanti, in pr.* & ver. 2. *C. de iur. del.*

XIX. Caussæ, & rei æquitas eamdem transmissionem in aliis quoque personis admisit, cum heredi delata fuit hereditas, & voluit hereditatem adire, si liceret, sed non potuit impeditus iure; iusta autem caussa est, cur ei impedimentum nocere non debeat. At cur non debeat nocere: caussa duplex. Una est, si iure vetatur heres hereditatem adire ad tempus, tantummodo ut alteri consulatur, & interim heres decedat. Iniicitur hæc mora aditioni senatusconsulto Silaniano, item Carboniano edicto. Silaniano cautum est, si dominus dicatur occisus a familia, ne prius aperiatur testamentum, aut adeatur hereditas, quam de ea familia quæstio habita, suppliciumque de noxiis sumptum fuerit. *L.* 3. *§. quod ad caussam*, *D. de SC. Sila.* Fac interim decedere heredem: placet, eum utiles actiones transmittere ad heredem suum. *d. L.* 3. *§. eleganter*. *L.* 4. *de Sila.* Id est summo iure non deferri heredi eius hereditatem, ut directas actiones habeat: sed deferri ex æquo, & bono, ut habeat 7 utiles. Et merito: non enim debuit nocere heredi, quod iuri paruit, & dum iuri paret, hereditatem non adivit. Ac ne illud quidem senatus consulto propositum fuit ut noceret: sed tantum ut consuleretur defuncto. Quod beneficium cum iniuria heredis coniunctum esse non debet. *L. nec avus*, *C. de eman. lib.* Carbonianum edictum ita est, ut si quis scriptus sit heres eo testamento, quo filius impubes præteritus est, & is negetur esse filius; caussa cognita perinde bonorum possessio contra tabulas ei detur, ac si nulla de ea re controversia esset, & iudicium in tempus pubertatis caussa cognita differatur *L.* 1. *in pr.* *D. de Carb. ed.* Hæc res facit, ut tantisper scriptus heres bonorum possessionem secundum tabulas petere non possit. *L.* 2. *D. de bo. pos. sec. tab.* *L. scriptus*, *D. de Carb. ed.* Quid ergo, si interim decedat? Placet & hic heredibus eius succurri; quia impedimentum temporale fuerit, iure illi impuberis caussa obiectum. Quod non est æquum ei nocere, si appareat postea, impuberem istum filium non fuisse; & quod vivo nocere non debuit, nec debet nocere eius heredibus. *d. L. scriptus. de Carb. ed.*

XX. Altera caussa est eamdem æquitatem continens, & similiter transmissionem tribuens, si impedimentum quominus ex testamento adiri posset, siquidem verum esset, fuit perpetuum: certe ex re, & ignorantia sola heredis natum; sed fuit is heres, qui etsi ex testamento heres non esset, ab intestato tamen esse potuit. Finge, scriptum esse heredem præterito postumo, qui in utero mulieris esse dicebatur. Quandiu in incerto est, an mulier sit prægnans, sive vere prægnans sit, sive dicatur esse prægnans, scriptus hereditatem adire non potest. *L. cum quidam*, *§. quod dicitur*, *D. de acq. her.* Quid, si interim decedat scriptus heres, & postea appareat, mulierem non fuisse prægnantem? Et si proponatur scriptus fuisse heres extraneus, placet hereditatem ad heredes eius non transferri; quia non sit hæc mora, quæ illi iniiciatur iure temporis caussa; sed impedimentum, quod ei ex re, & ignorantia iuris sui nascatur. *d. L.* 3. *§. ult.* *L* 4. *de Sila.* Quod si is erit heres, qui nato quoque postumo, & rescisso testamento, una cum postumo heres esse potuerit ab intestato, puta filius defuncti: æquissimum visum est, & filio ipsi, dum vivit, interim decreto succurri, ut ei bonorum possessionem petere liceat vel secundum tabulas, vel contra tabulas: qui in omnem eventum heres futurus fuerit: etsi non petita possessione moriatur, idem heredi eius decreto, idest caussa cognita tribuendum. *L.* 8 *ventre*, *D. de acq. her.* *L.* 4. *§. ult.* & *L. seq.* *D. de bo. pos. cont. tab.*

XXI. Tempore nulla hereditas delata amittitur iure civili. Semel delatam licet perpetuo adire ei, qui non repudiavit. *L. si curatoris*, *C. de iur. del.* Solum olim petita deliberatione eveniebat, ut si heres intra tempus præfinitum non adiret, non desineret quidem heres esse, sed tamen quasi repudiasset, denegarentur ei a præ-

7) Et sic heres heredis tantum non transmissæ hereditatis commodum percipit. A. Fab. 14. *Coniect.* 1. Non autem necessaria est restitutio in integrum. Duar. *h. t. C.* 5. *f.* 452. Cabot. 2. *Disp.* 23. non iure civili hic transmitti, sed æquitate, aut decreto prætoris. Videtur tamen ea de re constitutio edita fuisse *per d. L.* 4. *D. ad SC. Silan.* Nam quod Cuiac. 4. *Obs.* 13. auctoritate manuscripti pro *constitutione* reponit *substitutione*, mihi non probatur; cum nec ad emendationem confugere necesse sit; & Pandectæ Florentinæ vulgatis, fatente Cuiacio, consentiant. Utrumque enim verum est in *d. L.* 4. Dantur actiones heredibus mulieris, ex substitutionis caussa, vel propter substitutionem, quod ex specie facti relata sat apertum, nec exprimi necesse est; & dantur *ex constitutione*, quæ hac de re edita, licet nunc non exstet.

8) De qua vid. Govean. 1. *Var. lect.* 4. *n.* 1. A. Fab. 1. *Coniect.* 19. Henr. a Suerin. *Rept. lect. Cap.* 33. Confer, Curt. 1. *Coniect. ad Viv.* 1.

prætore actiones, ut sic tempore finiretur potestas adeundi. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.* Hodie contra. Nam qui intra id tempus non repudiavit, pro eo habetur, ac si adiisset, ex constitutione Iustiniani, *L. ult. §. pen. C. de iur. del.* Sed amittitur hereditas iure prætorio in bonorum possessione. Huic enim delatæ petendæ certum tempus præfinitum est a prætore: liberis, & parentibus anni utilis spatium: cæteris utiles centum dies. *§. cum igitur, Inst. de bo. poss. L. 2. in pr. D. quis ord. in bo. poss. ser. L. 1. §. si intra, §. largius, D. de suc. ed.* De quo postea in bonorum possessione, infra Cap. XIV. Hoc tempore transacto bonorum possessio amittitur. *L. 1. C. qui ad. ad bonor. pos. L. 1. §. quibus, D. de succ. ed.* Unde eveniet, ut si cui solum deferatur edicto prætoris bonorum possessio, quo fiat ut ea ad acquirendam hereditatem sit necessaria, tum, superiore tempore exacto, ipsa hereditas omnimodo amittatur. Quibus in caussis bonorum possessio necessaria sit heredi ad acquirendam hereditatem, dicetur suo ordine.

XXII. Summa iam sit hæc superioris conditionis: si mortuo eo de cuius bonis agitur, eius hereditas delata sit heredi ab initio vel ex testamento, vel ab intestato, & delata necdum ei quæsita sit, eademque nec amissa vel repudiatione, vel morte, vel tempore: tum omni ex parte hereditatem delatam videri: quod superior conditio exigit.

C A P. V.

Etiam delatam hereditatem nec ei heredi acquiri, aut amitti posse, qui sibi delatam ignoret: & quam late hoc pateat. Hinc ius olim, ante apertas tabulas hereditatem adiri non posse: & quid in eo iure hodie sit immutatum. Et post hanc immutationem etiam nunc locum esse edicto, & titulo, Quemadmodum testamenta aperiantur. Sententia eius exposita.

Secundam conditionem, ut delata hereditas acquiri possit, hanc esse, ut heres extraneus sciat, sibi delatam hereditatem. Dubitantes, & iuris sui ignaros nec acquirere voluntate posse, nec repudiare. I.

Et si res omnes, quibus efficiatur, ut hereditas sit delata, concurrant, si tamen de his, aut de una aliqua incertus sit, aut dubitet heres, eum nec adire posse hereditatem, nec repudiare. Id, quo certius fieret, strictim auctor repetit ea, quibus effici dixerat, ut hereditas sit delata. II.

Inter priorem illam conditionem ut hereditas sit delata, *hancque secundam hoc interesse, quod illa sit omnium heredum communis, hæc propria extraneorum.* III.

Omnibus heredibus cum scriptis, tum legitimis necessaria ante quam adeant hereditatem apertura tabularum. IV.

Id ad suos non pertinere, sed ad extraneos. Immo ne ad hos quidem post constitutionem Iustiniani, nisi si sint iuris sui ignari. V. VI.

Si in duobus exemplaribus æque solemnibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficere. VII.

Si eiusdem testamenti unum sit exemplar authenticum, alterum exemplum, authenticum aperiri oportere. VIII.

Testamentum si apertum est, quo modo apertum sit ad rem nihil pertinere. IX.

Si sint clausæ tabulæ, & obsignatæ, quæ nam cautio ab herede, alisque, quorum valere testamentum interest, adhibenda. Quod nam in ea re officium prætoris, quæve forma ab eo servanda traditur in L. eum ab initio, & trib. seqq. D. testam. quemad. aper. X.

Quibus nam, & quatenus prætor pollicetur, potestatem se facturum inspiciendi, describendique testamenti tabulas. XI.

Si velit heres ita imposterum testamentum valere, ut fiat fides eius perpetua, & certa, dandam ei esse operam, quod facere potest, ut publicetur. XII.

Publicare testamentum quid sit. XIII.

I. NOn est satis ita delatam hereditatem esse, ut acquiri possit, altera conditio est, ut sciat heres extraneus sibi delatam. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Ratio comprehensa est regula iuris: qua efficitur, in totum omnia, quæ

quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera, & certa scientia perfici posse. *L. in totum*, *D. de regul. iur.* Hereditas autem extraneis heredibus animi destinatione acquiritur. *L. si avia*, *C. de iur. del. d. §. item extraneus*, *Instit. de her. qual. & diff.* Eadem igitur conditio erit, & in repudianda hereditate, ut nisi quis sciat sibi hereditatem delatam esse, non magis repudiare possit, quam voluntate acquirere. Nam & hæc contraria destinatione amittitur. *d. §. item extraneus*, *de her. qual.* Idque ipsum est, quod aliis verbis definitur in *L. in repudianda*, *D. de acq. her.* in repudianda hereditate, vel legato certum esse debere de suo iure eum, qui repudiat.

II. Quapropter ita definiemus: quibus rebus efficitur, ut nobis delata sit hereditas, etsi omnes concurrent, si tamen de his, aut de una aliqua incertus sit, aut dubitet heres: pariter eum hereditatem nec adire posse, nec repudiare. Id fiet certius propositis iis rebus, quibus contineri diximus, ut hereditas sit delata. Quæ eum varie, & sparsim dilectæ proponantur sub *Tit. de acq. her.* ad hunc ordinem redigi debent. Primum placet, mortuum esse debere eum, de cuius bonis agitur. Viventis hereditatem nec adiri, nec repudiari posse, utpote nondum delatam, quæ & nulla est. Dicimus etsi vere mortuus sit testator, si tamen putet heres, eum vivere, aut [1] dubitet utrum vivat, necne: idem iuris futurum, ut nec adire possit hereditatem quamvis delatam: *L. heres institutus*, *D. de acq. her.* nec possit repudiare. *L. is qui heres*, *§. 1. D. eod.* scilicet quia hoc modo sibi delatam ignoravit. Mortuo testatore, diximus, deferri hereditatem testamento; sed iusto. Proinde nec deferri, si testator ea conditione fuit, ut testamentum facere non posset, veluti si esset filiusfamilias. Faciamus, fuisse patremfamilias, & eum, qui conditione personæ testamentum facere potuerit. Si heres de conditione eius dubitet, puta paterfamilias fuerit, an filiusfamilias; dicemus, heredem in hoc errore non magis quam ante adire posse, aut repudiare. *d. L. heres institutus*, *de acquir. hered.* Etiam ad iustum testamentum pertinet, ut ne sit præteritus postumus, qui moriente testatore est in potestate eius, licet sit adhuc in utero uxoris. Hinc placet, si sit præteritus venter, quandiu mulier prægnans est, aut putatur esse, proximum a postumo heredem hereditatem adire non posse: sic posse, si sciat non esse prægnantem. *L. cum quidam*, *§. 1. §. quod dicitur*, *seq. D. de acquir. hered.* Sed & iusto testamento delata hereditate, si sub conditione delata sit, diximus pendente conditione vere nec [2] delatam esse, eoque nec interim adiri posse, aut repudiari. Sciemus, quamvis nulla sit conditio adscripta, aut quæ adscripta erat, extiterit: si tamen putet heres conditionem adiectam, quæ nondum extiterit; aut eam, quæ adiecta extiterit, nondum extitisse: rem in ea caussa esse, ut interim adeundo, aut repudiando nihil agat. *d. L. heres institutus*. Eademque ratio est in iis hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur ab intestato. Postremo diximus, non videri delatam hereditatem, quæ iam heredi quæsita est. Non dubium, quin hinc natum sit, quod Ulpianus scribit in *L. is qui putat*, & *L. & e contrario*, *seq. D. de acq. her.* si is heres, qui est voluntarius, se putet necessarium: puta si filius, qui non fuit in potestate morientia patris, se putet fuisse;

1) Item dubitans, an testamentum verum. Quare si falsum dicatur testamentum, quasi id alius inscio herede subiecerit, ipse heres, quia dubitat, adire nequit. Aliud est si ipse accusetur illius falsi. Tunc enim certus esse potest de innocentia sua: *L. 46. hoc. tit. de acq. hered.* ubi Cuiac. *1. ad Afric.* ostendit quis sit effectus. Si scilicet adierit priori casu, potest deinde repudiari dicendo: Quia adivit pendente cognitione falsi: posteriore nequit; sed creditoribus obligatus manet. Vid. & Duar. *hoc tit. Cap. 2. f. 437. & seq.* Forst. *2. de Success. 7.*

2) Si tamen pure institutus, & putans, se sub conditione institutum, conditionem impleverit, vel eius adventum expectaverit, & tum adit, nihil ei obest *d. L. 32. §. 1.* Cuiac. *supr. d. loc.* P. Fab. *ad L. 76. de R. Iur.* quia non solent quæ abundant vitiare. Obst. *L. 21. §. ult.* vers. *quid tamen D. h. t.* Respondeo, Cuiacius *d. lo.* inserta negatione legit; *non puto*, laudatus a Pac. *5. Q. 96.* ne obstet *L. 21. de cond & dem* & certissima iuris ratio *L. 13. h. t.* Correctio non necessaria, si quod omnino apparet, *d. §. ult.* accipimus de eo, qui putat, se pure institutum, & ignorat id evenisse, quod in ea conditione est, quam adiectam non putavit. Pone. Mævius institutus sub conditione: *si Titius consul factus*. Conditio evenit. Mævius adit, ignarus conditionis, putans, se pure scriptum. Nihil hic video quod remorari possit aditionem, aut quod firmam voluntatem habendæ hæreditatis impediat. Non hic animi pendet, non de iure suo dubius est (uti in contrario casu quando qui pure institutus, putat, conditionem adiectam, nec eam impletam *d. L. 32. §. 1.*) Putat enim Donellus se posse statim nancisci hereditatem, & vult statim habere. Neque hæc illius voluntas facultate destituitur. Immo concurrit potestas. Licet enim vere fuerit sub conditione scriptus, tamen postquam ea evenit, perinde est ac si pura fuerit institutio. Et lectionem sane affirmativam exposcunt verba seqq. *quemadmodum si ignores*, *&c.* & species præcedens *eiusd. § ult.* Nam quod ibi habetur de eo, qui partem institutionis ignorat, non generale est; ne aperte obstet *L. 75. h. t.* & iuris ratio; sed speciale in casu, quo is, qui se putat ex asse scriptum, coheredem habet, cui substitutus est, & conditio substitutionis, repudiatio coheredis extitit. Post existentiam enim illius utraque pars ei defertur, & adeundo utramque consequi potest. Quæ planius pluribus exponere possem, nisi brevitati studerem. In verbis igitur *quemadmodum si ignores*, comparantur hi casus, & æqualiter determinantur: Quo quis conditionem aliam, & quo substitutionis conditionem ignorat evenisse, si videlicet utroque casu vere evenit, & utroque se in solidum heredem esse credat. Et ita videtur.

se; hunc voluntarium exsistere non posse: idest, non posse voluntate adeundo heredem fieri: & contra non posse eum repudiare. Cur ergo emancipatus filius id facere non possit, cum re vera fuerit extraneus, eoque & voluntarius; cum praeterea fuerit ei delata hereditas, & ipse is, qui hereditatem adeundo se obligare potuerit aeri alieno? Non aliud obstare reperietur, quam quod in hoc errore non putavit sibi delatam hereditatem. Nam si necessarius est heres, ut putat, statim ei quaesita est hereditas, idque *necessarii* verbum significat, si quaesita, iam amplius non est delata; quia delata est, quam quis potest adeundo consequi. *d. L. delata, de verb. sign.* Apparet igitur & hoc omnino ad superiorem conditionem referri.

III. Notandum, inter hanc conditionem, & priorem ad rationem quaerendae hereditatis hoc interesse, quod prior illa, ut hereditas delata sit, communis est omnium heredum, ut supra attigi, tam necessariorum, quam extraneorum. Nam nec suis heredibus acquiritur hereditas, nisi delata ex testamento, aut ab intestato. Posterior autem haec secunda solum propria est heredum extraneorum. Necessariis, & suis heredibus delata hereditas, eodem tempore acquiritur, quo defertur, etiam si sibi delatam ignorent. Acquiritur enim suis heredibus ipso iure, & quidem invitis. Multo magis ignorantibus. *§. sui. Inst. de hered. qualit. & differ. §. sui. Inst. de her. quae ab int.* Unde praeterito ventre, filius suus heres testamento scriptus, etsi putet mulierem praegnantem, quae non est praegnans, nihilominus ex asse heres erit. *L. cum quidam, §. suum. D. de acq. her.* Cui ergo voluntate, & destinatione animi ad hereditatem acquirendam opus non est, huic non est necessaria iuris sui scientia, quae propter destinationem animi solum exigitur. Quorum prius cum contra eveniat in extraneis heredibus, non mirum, si in his exigitur & posterius.

IV. Hoc iure posito, consequens fuit, ut si quis testamento scriptus sit heres, huic prius quam adeat hereditatem, necesse sit ante omnia aperiri testamentum; & inspici: sine quo sciri non possit, utrum heres institutus sit, necne: utrum pure, an sub conditione: & si sub conditione, quae sit conditio, ut sciat utrum conditio extiterit, an non extiterit: ac sine his hereditas non defertur. Eademque cognitio necessaria est legitimis heredibus: quibus non prius defertur hereditas ab intestato, quam certum esse coeperit, neminem ex testamento heredem esse. *L. quandiu potest, L. in plurium, D. de acq. hered.* Hinc nata regula iuris antiqui, quae plane ad hunc locum pertinet, ante apertas tabulas hereditatem adiri non posse. Quae regula refertur in *L. unica, §. cum igitur, §. in novissimo. C. de cad. tol.* eiusque impedimenti vestigia multis in locis in libris nostris concurrunt, ut *L. 3. C. de iur. del. L. 3. §. ult. D. de sen. Sil. L. 3. §. ult. D. de her. instit.* inter caetera id, quod placebat ante apertas tabulas hereditatem non transmitti etiam temporibus Theodosii, nisi in liberos, Tit. C. *de his qui ante aper. tab. her. trans.* Quod quidem non alia ex re eveniebat, quam quod certi iuris erat, hereditatem non aditam non transmitti ad heredes; regula autem superior faciebat, ne ante apertas tabulas posset adiri. Valuit haec regula in hereditate. In bonorum possessione non fuit opus, aperiri tabulas, ut bonorum possessio secundum tabulas agnosceretur. *L. 1. §. sufficit. D. de bo. pos. sec. tab.* Id edicti verba faciebant: quibus dubitabatur haec bonorum possessio solum hac conditione, si testamentum septem testium signis signatum esset, & testator defunctus, idemque civis Romanus, & suae potestatis mortis tempore fuisset, *§. non tamen. Inst. quib. mod. test. in fi.*

V. Ut autem sciamus regulam in hereditate hinc natam, quod ante apertas tabulas non videretur, heres certus esse posse de iure suo, quod totum illi ex testamento defertur: regula de extraneis heredibus tantum concepta est, in quibus necessaria est scientia iuris sui. Ad suos heredes non pertinuit: de quibus aliis locis traditum est, eos etiam clausis tabulis heredes exsistere potuisse. *L. 3. C. de iur. del.* Scilicet quia in his non desideraretur ista iuris sui scientia: ad eam autem solam comparata esset apertura tabularum. Idque est quod dicitur in *L. 3. §. ult. D. de her. inst.* his verbis: *aperturae tabularum dilatio necessarii heredis ius non mutat:* id est, non facit, quominus, qui, apertis tabulis, heres exsistere potest, delata sibi hereditate, possit exsistere, & nondum apertis, quamvis differatur ea apertura: utpote qui & scientes, & ignorantes se heredes esse iuxta heredes exsistant. *d. §. sui, 2. Inst. de her. quae ab int.* Verum haec regula etiam in extraneis heredibus postea sublata est a Iustiniano in *d. L. unica. §. in novissimo, C. de cad. tol.* Ubi nominatim cavet, etiam clausis tabulis tam exsistere heredes, quam adire posse, sive ex parte sint,

sint, sive ex asse instituti. Quod tamen sic accipiemus, si heredi adituro nihil aliud obstet, quam dilatio aperturæ tabularum. Quam aperturam veteres ita exigebant, ut quamvis aliunde scire posset heres, se heredem esse: tamen clausis tabulis adire hereditatem non posset. Cæterum si clausis tabulis ignarus erit iuris sui; etiam nunc hereditatem adire non poterit: non quia tabulæ non sint apertæ: sed quia his non apertis, & cognitis, ignoret, an sit heres: ius autem exigat, ut qui adire vult, certus sit sibi hereditatem esse delatam. Hoc cum iam olim semper desideratum sit in herede, sitque iuris certi; necesse est, nunc quoque manere, nisi mutatum fuerit. *L. præcipimus in f. C. de app.* Non est autem ideo mutatum in hac parte, quia Iustinianus constituerit, ut ante apertas tabulas hereditas adiri possit. Nihil enim prohibet, quominus clausis tabulis adeatur hereditas, & tamen heres sciat, se heredem esse, quod alia parte iuris exigitur. Quid enim si testator curavit recitandum testamentum suum coram testibus testamentariis, in quo Lucius Titius instituebatur heres, & Titius interfuerit, aut postea a testibus ipsis acceperit?

VI. Hæc res facit, ut si heres non interfuit ipse supremæ testationi, nec quicquam de voluntate suprema aliunde cognovit; hic nunc quoque maneat eadem necessitas tabulas testamenti aperiendi, quo de iure suo cognoscere possit, & certus iuris sui hereditatem adire.

VII. Qua necessitate posita, fiet hic quoque locus edicto, & titulo: *Quemadmodum testamenta aperiantur D.* ut quæratur, quas tabulas testamenti apertas esse oporteat, quomodo aperiendæ sint, tum quibus desiderantibus; quæ summa est eius Tituli. De quibus sic breviter habendum est. Si in duobus exemplaribus æque solemnibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficit. Hoc enim aperto, semper verum est, apertum esse testamentum: cum in utroque nihil nisi unum testamentum fuerit. *L. si in duobus, in pr. D. test. quem. ap.*

VIII. Si eiusdem testamenti unum sit exemplar authenticum, alterum exemplum: authenticum aperiri oportet: exemplo aperto, nihil agitur. *L. ult. eod.* Exempla enim non faciunt fidem: eoque nec certitudinem iuris sui heredi afferunt, *L. 2. D. de fid. inst.*

IX. Testamentum si apertum est, quomodo apertum sit, ad rem nihil pertinet. Etsi sua natura tabulæ patefactæ sint, apertum videri testamentum non dubitatur. *d. L. si in duobus, §. 1. eod.*

X. Si sint clausæ tabulæ, & obsignatæ; cautio est heredis, & omnibus, quorum interest valere testamentum, ne aperiatur testamentum, nisi 3 auctore magistratu: quoniam in aperiendo signa revelli oportet: quibus remotis, testamentum fidem non faciet, nisi amotio auctoritate publica confirmetur. Hic cum sunt aperiendæ tabulæ, quod sit officium prætoris, & quæ forma ab eo servanda, traditur in *L. cum ab initio*, & tribus seqq. *D. eod.*

XI. Ad testamentum ita aperiendum, inspiciendumque eo edicto consultum est ita omnibus, ad quos ea res pertinere dicetur, ut omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, polliceatur prætor, se facturum inspiciendi, describendique potestatem. *L. 1. eod.* Omnibus tamen, quorum aliquo modo interesse dicetur, iurantibus, non calumniæ caussa se id postulare. *L. 2. in pr. D. eod. L. 3. C. eod.* Idque adversus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit. *L. 2. §. ult. D. eod.* Hoc prætor pollicetur omnibus; quia testamentum publicum quodammodo instrumentum est. *L. 2. in pr. eod.* & si id ad hanc quoque partem traducendum est, publice interest, suprema hominum iudicia exitum habere. *L. vel negare, ibidem.* Unde ne illud quidem interest, utrum testamentum, quod esse dicitur, valeat, necne. *L. 2. §. 1. eod.* Excepit prætor diem, & Consulem: id est, diem, & annum; item si quid aperiri testator vetuit; vel si ad ignominiam alicuius pertinere dicitur. Quorum inspiciendorum, multoque magis describendorum potestatem denegat. *L. 3. C. eod.* Et valent hæc ad præsentem fidem faciendam, quam ex testamento quærimus.

XII. Quod si volet heres in posterum ita testamentum valere, ut fiat fides eius perpetua, & certa: est in eius potestate id consequi. Quod ita fiet si det operam, ut

3) Est enim hic actus solemnis, & legitimus: de quo vid, P. Fab. 2. *Sem.* 23. *pag.* 346. *& seq.* & de solemnibus huius aperturæ notat Goth. *ad L. 2. C. Quemad. test. aper.* Don. noster *ad L. 2. C. de test.* De magistratibus apud quos aperitur vid. *L. 2. 3. C. de test.* Coguntur hic qui signarunt signa recognoscere *L. 4. d. t.* Quid si illi mortui? Vigl. *in §. 7. I. de test. n.* 9. & Duar. *ad d. t. D. test quem. aper. C.* 4. & pluribus A. Fab. 67. *de Err. Prag.* 3. *&* 2. *seqq.* testamenta inde non concidere, contra DD. vulgo: quia possunt sigilla ab aliis recognosci, iisque nota esse.

ut 4) publicetur testamentum. Publicati semel testamenti fides ea est, de qua comprehensum est rescripto Alexandri in *L. 2. C. de testa.* in hæc verba, ut *quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, intercideri, nihilominus valeat.*

XIII. Est autem publicare id, quod pluribus verbis dicitur in *L. ult. C. de re iud.* transferre in publica monumenta. Quæ ibidem dicuntur ideo habere perpetuam firmitatem. Quia non debeat eventu perire publica fides. Si notius aliquid volumus, & aptius ad usum nostrorum temporum, publicare testamentum est, insinuare, & tradere actis publicis, quo modo posteriores Imperatores loqui cœperunt. Unde insinuationes donationum, quæ dicuntur, quæ eædem fiunt ad publicam, & perpetuam fidem. In donationibus, ait Zeno, quæ actis insinuantur, non est necessarium vicinos, vel alios testes adhibere, *Nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant.* L. in donationibus, *C. de donat.* Hæc illa est testamenti insinuatio curata sumptibus heredis, cuius mentio est in *L. ult. §. in computatione. C. de iure delib.*

4) Vid. *L. 2. L. 18. & 20. C. de test.* Reservantur autem ibi tabulæ testamenti, ubi insinuatæ, nec alio transferendæ *d. L. 18.* Non probo quod Cont. 2. *Subsic. lect.* 16. pro *reserventur* reponit *referentur per L. 3. C. Th. de Testam. Li. 4. Tit. 4.* & quia testamenta constet servari solita apud privatos ex Tit. *D. Test. quem. ap. & Tit. de tab. exhib.* Nam loquitur *d. L. 18.* de reservatione post publicationem, sive actorum insinuationem: & hoc verbum *reserventur*, exigit sequens vox *translationis*, reservationi opposita. Non probo quod idem posterius membrum *d. L. 18.* correctum putat per *L. 23. C. eod.* Hodie, inquit Contius, *d. Cap. 16. n. 2.* irrita ex hac caussa voluntas defuncti, sed pœna 50. librarum auri in temeratores legis statuta *d. L. 23.* & recte. Pœna enim in eos potius convertenda, qui deliquerunt. Mortuis autem nihil est, quod imputari possit. At, inquam ego: Non est eorum verborum *d. L. 18. irritam mortuorum videri faciet voluntatem*, is sensus, quem Contius fingit. Quod Imperatores voluerint eo facto concidere extremum elogium; qui si esset, non video quid absurdius in mentem Imperatoris venire potuisset: sed his; quod mutans morem fidelissimæ vetustatis pro eo habendus, & puniendus videatur, qui supremas testationes irritare nitatur, & contendat. De requisitis huius publicationis vid. Io. Dauth. *ad L. 2. 18. & 23.* coniunctas *C. de testam.*

C A P. VI.

Nec pupillum sine tutoris auctoritate, nec eos qui in curatione sunt, sine auctoritate curatorum, nec servum sine domini iussu, nec filiumfamilias contemplatione patris institutum sine iussu patris, hereditatem etiam quam sibi delatam sciant, adeundo acquirere posse, aut repudiando amittere; dum priores se per se obligare non possunt: posteriores non possunt eos, quibus acquirunt. In diversa caussa hodie esse filiumfamilias non contemplatione patris institutum. Qui per se hereditatem acquirere possunt re vera, si se putent unum aliquem esse ex superioribus, non ideo hoc errore impediri, quominus adeundo acquirant, & repudiando amittant.

Tertiam conditionem ad acquirendam hereditatem esse, ut possit heres adeundo eum obligare, cui illam quæsiturus est. I.
Declarari id in duobus generalibus heredum. II.
Neque pupillum sine tutoris auctoritate, nec puberem curatorem habentem sine eius assensu adire posse hereditatem. III.
Servus, & filiusfamilias sine iussu domini, ac patris hereditatem adeundo, nihil agunt. IV.
Utriusque iussum præcedere debere; ni præcesserit, neutrius ratihabitione suppleri posse. Quare. V.
Quod in aditione, idem in eorum repudiatione valere. VI.
Manere ius hoc antiquum in hereditate delata filio contemplatione patris. Secus in adventitia; & quid de hac constituerit Iustinianus. VII.
Quid si quis filiumfamilias se putet, cum sit sui iuris; pupillum, cum sit pubes. VIII.
Quare heres, qui de conditione testatoris dubitat, an fuerit filiusfamilias, non possit hereditatem ex testamento adire. IX.

I. Ut delata sit hereditas, & heres sibi delatam sciat; nondum tamen statim semper hereditatem acquirere potest, aut repudiare. Tertia conditio erat ad acquirendum, quam proposuimus, ut possit heres adeundo obligare eum, cui here-

hereditatem quæsiturus est. Hoc si non potest, ne hereditatem quidem adeundo acquiret, aut repudiando amittet. Sumitur hæc conditio ex natura hereditatis. Non enim potest cuiquam acquiri hereditas, nisi simul is obligetur æri alieno. Proprium hoc ita est hereditatis, ut non possit ab ea separari. *L. more, D. de acq. her. L. 2. L. ult. C. de her. act.* Proinde si quis facto suo æri alieno obligari non potest, aut alium obligare, is neque sibi, neque alii hereditatem quærere potest.

II. Declaratur hoc in duobus generibus heredum. Unum est eorum, qui sub tutela, vel cura sunt. Alterum eorum, qui sunt in alterius potestate.

III. Prioris generis est inter alios pupillus. Hic sive testamento scriptus sit heres, sive ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus; etsi id ætatis sit, ut intelligat, quæ aguntur, & sciat se heredem; tamen hereditatem per se adire [1] non potest; sed tutoris auctoritate illi ad eam rem est opus. *§. neque tamen, Inst. de auctor. tut.* Perspicuum est eo fieri, quod cum superiora duo concurrant, deest illi aliquid tertium, quod necesse sit intervenire ad hereditatem acquirendam. Id autem esse reperietur, quod in hac conditione posuimus, quod cum hereditas obliget nos æri alieno, pupillus sibi acquirendo ipse se obligare non potest sine auctoritate tutoris. *L. obligari, D. de auct. tut.* Quod si acquirere hoc modo hereditatem non potest, fit, ut nec possit sine tutore auctore repudiare. *L. pupillorum, C. de rep. her.* In eodem ergo numero cum pupillo erunt puberes curatorem habentes. Ut hi delata hereditate quamvis sibi delatam sciant, tamen sine curatoris auctoritate [2] frustra hereditatem aut adeant, aut repudient: quoniam in obligatione contrahenda nihil distant a prodigis. *L. 3. C. de in int. rest. mi.* hos autem sine curatoris auctoritate obligari non posse constat. *L. is cui bonis, D. de verb. oblig.* Quapropter & hi in eadem causa erunt.

IV. Posterioris generis sunt servus, & filiusfamilias. Propone hos testamento extranei esse heredes scriptos. Servum & olim per se adire hereditatem non potuisse semper constitit, & nunc constat: sed iussum domini præcedere debere. De filiosfamilias etiam idem placebat, ut nec is posset adire sine iussu patris. Idque & de his dictum est, qui instituti essent, & scirent se ad hereditatem vocatos. *L. acquiruntur, §. 1. D. de acquir. rer. do. L. si quis mihi bona, §. iussum, D. de acq. her.* Quid obstat igitur, quominus recte adeant ex suprascriptis conditionibus? Hoc ipsum, quod in superiore conditione posui, quod non possunt acquirendo obligare eum, cui acquirunt. Non enim sibi acquirit servus, sed domino. Nec filiusfamilias iure vetere acquirebat sibi, sed patri. *L. placet, D. de acquir. her. L. 1. D. si a par. quis fuer. man.* Alium porro invitum obligare nemo potest: *L. 3. C. ne ux. pro ma. L. solvendo, D. de neg. gest.* multo minus servus dominum, aut filius patrem, quorum commodis potius illi servire debuerunt. *L. 1. & tot. Tit. C. ne fil. pro pat.* Quo fit, ut hereditatem sibi delatam ignorantibus domino, aut patre acquirere non possint, ne hereditate his quæsita, eos æri alieno obligent; ratio reddita in *L. 6. D. de acq. her.*

V. Notandum iussum domini, & patris sic in hac acquisitione intervenire debere, ut [3] præcedere oporteat. Nisi præcesserit; adeo nihil egisse servi, aut [4] filii aditionem, ut nec ratihabitione domini,

1) Vid. *supr. Lib. 3. Cap. 13. N. 2. & ibi not. & inf. Cap. 9.* At, dices, cur non in hereditate, (ut in contractibus utrinque obligatoriis, *pr. I. l. de auct. tut.*) evenit, ut obliget quidem sibi creditores hereditarios pupillus adeundo, non obligetur debitoribus. Resp. & quia hereditas individua est, atque in universum ius successio, nec possunt ad alium onera spectare. Bellon. 3. *Supput.* 2. *n.* 5. ideoque exemplum contractuum hic sequi non licet, quorum caussa dividi potest, Balduin. *in d. §. 1. l. de auct. tut. n.* 9. & quia id non fieret sine insigni creditorum iniuria, quibus nihil (uti the contrahentibus) imputari potest. Io. a Robertés. *Lib. 3. Disput. Themate* 8.

2) Ita & Rob. 1. *Animadv.* 12. *per L. 26. Cod. de adm. tut.* ibi: *consensum de adeunda hereditate præstare adulto*; & Gæd. *in L. 21. de V. S. n. 14. per L. 1. C. Si tut. vel curat. interven* Contra Cui. *in L. 101. de V. O. & 1. not. More.* 12. *per L. 17. §. 1. de app.* Ubi curatoris auctoritas inutilis ad adeundam hereditatem, quia, inquit idem 4. *ad Afric. in L. 49. h. t.* aditio animi, & consilii potius est, quam facti; Curator autem ea sequitur, quæ sunt facti, & *d. C.* 12. aditionem esse actum legitimum, & per curatorem expediri non posse. Sed ei occurrit Rob. 1. *not.* 22. Pendet hæc quæstio ex illo, an minor se obligare possit, sine curatoris auctoritate, de quo vid. *infr. Lib.* 12. *Cap.* 22.

3) At filiusfamilias se obligare potest *L. 39. de O. & A.* Ergo sibi acquiret. Resp. Duar. *h. t. C.* 4. Sed nihil suum habere potest iure veteri. Nec hereditas dividi potest ut apud patrem sint commoda, ac ei res hereditariæ acquirantur, apud filium onera obligationum.

4) Casus tamen aliquos, quibus non necessarius iussus patris, recenset Duar. *h. t. C.* 4. Nam 1. Potest pater, filio consentiente, ipse adeundo (quod tamen non admittit P. Fab 2. *Sem.* 22.) vel pro herede gerendo sibi acquirere *L. 4. C. d. t. delib.* (& hic nec iussus patris nec aditio filii necessaria) 2. casus: si pater diu possedit hereditatem *L. 6. §. h. t.* Sed ibi præsumitur iussus intervenisse ex temporis diuturnitate: & quod ibi dicitur, admisisse heredem, intelligendum de filio, qui licet non solemni ritu adierit, agnovit tamen hereditatem, dum scivit, & passus est, illam a patre detineri, nec contra protestatus est: P. Fab. 2. *Sem.* 22. *p.* 328.) 3. Si filius sit heres necessarius *L. 6. §. 5. h. t.* 4. Si pater furiosus *L. 52. h.* ubi filius interim sibi acquirit; sed si pater resipiscat ex eo tempore patri acquiritur, si adi-

ni, vel patris postea secuta confirmetur. *d. L. si quis mihi bona*, *§. iussum*, *de acq. here*. In bonorum possessione contra observatur. Placuit, hanc citra voluntatem superiorum agnitam, ratam haberi possessionem. *d. L. 6. in princ. de acq. her. L. 3. §. acquirere*, *D. de bon. poss.* [5] Puto ideo, quod adire hereditatem, sit animo acquirere, vel potius ad quæsitam iam animo hereditatem accedere, ut verbum significat, de quo postea. Quod si iussu superiorum non præcedente, nulla hæc præsens acquisitio esse potest; nec potest ulla esse aditio, quæ hanc acquisitionem in se habet. Neque porro id quod non est, dici potest, eventu confirmari. At bonorum possessionis petitio, & datio in facto tantum consistit petentis, & magistratus dantis, non in iuris acquisitione ulla. Non mirum igitur, si quod in his vere præcessit, possit confirmari postea eius, ad quem bonorum possessio pertinet, ratihabitione.

VI. Si hæc in aditione servi, & filiifamilias ita sunt; valebunt & in horum repudiatione. Sequitur igitur de repudiatione eorum id quod est in *L. is qui heres*, *§. ult. D. eod.* ut ne filiusfamilias repudiando sine patre, quidquam ei noceat. Nam quod illic traditur, patrem sine filio repudiare non posse, hanc rationem habet, quod filio heredi instituto hereditas patri iudicio defuncti non defertur. *L. qui liberis*, *§. ult. D. de vulg.*

VII. Sed hoc ius ita olim fuit in hereditate filiofamilias aliunde delata. Nunc non item, ut est constitutio Iustiniani de adventicia hereditate. Is in *L. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* sic constituit: si pater filio hereditatem delatam aditurο consentire nolit, licere filio hereditatem adire, & sibi acquirere. Quod nihil aliud est, quam filiumfamilias posse adire invito patre. Si potest invito, multo magis [6] ignorante. *L. qui potest invitis*. *D. de acq. her.* Non recte hoc colligeretur in hac specie, si ignoranti patri postea admonito, & consentienti hereditas posset acquiri. Diceremus enim, expectandum esse, dum admoneretur, ut sciremus num vellet obligari. Nunc autem quamvis postea consentiat, non magis ei acquiritur hereditas, quam invito. Acquiritur enim ei solum usus fructus, *d. L. ult. §. ubi autem in unum. C. de bon. quæ lib.* Ususfructus alienus non facit, quominus res omnes, & actiones hereditariæ totæ sint filii, non patris. *L. recte. D. de verbor. significat.* Exercet quidem actiones pater. *d. §. ubi autem*. Sed alienas, non suas. Postremo frustra requiritur in hac aditione voluntas patris, cuius nec contradictio, nec consensus nocer, quominus hereditas filio acquiratur, patri autem ut obligetur invitus, multo minus, *arg. in L. si quis ita 33. D. de her. inst.* Quamobrem & ignorante patre eamdem hereditatem recte repudiabit. *L. is potest. D. eod.* Nec periculum erit, ne repudiando patri noceat; quod periculum metuitur in *d. L. is qui heres*, *§. ult. eod.* quoniam recusante filio hereditatem adire, fit eadem constitutione [7] potestas patri eamdem illam hereditatem adeundi. *d. L. ult. §. 1. C. de bo. quæ lib.* Manebit tamen etiam nunc ius antiquum in hereditate, quæ filiofamilias delata sit contemplatione patris. Nam hæc putatur esse profecticia. *L. profecticia. D. de iur. dot. L. sed si plures*, *§. in arrogato. D. de vulg.* Bona autem profecticia, ut olim, sic nunc quoque patri acquiruntur. *§. 1. Instit. per quas per. L. cum oportet*, *in pr. C. de bo. quæ lib.*

VIII. Ex hac conditione istarum personarum nata est hæc dubitatio. Postquam enim pupillus hereditatem adire non potest sine tutoris auctoritate; filiusfamilias sine iussu patris; quid fiet, si quis iam pupillus non sit, sed tamen se pupillum putet. Filius sit sui iuris, sed se putet filium familias: an non magis poterunt isti adire in hoc errore, quam si vere essent, ille pupillus, hic filiusfamilias? Monet, quod cum exigitur, ut sit alicui delata hereditas, simul exigitur, ut dela-

si aditionem comprobat *L. ul. §. pe. & ul. Quis ordo in bo. poss. serv.* Secus est si pater absens sit. Tunc enim filius adire non potest: sed ex caussa datur restitutio in integrum, & sic accipienda *L. 30. pr. h. t.* (ubi, ut hoc obiter) nulla necessitas permovit Hot. 7. *Obs.* 20. pro *consulibus* reponere, *consulentibus*. A Consulibus enim quæsitus ibi D. Pius an ex ea caussa indulgenda sit restitutio) 5. In hereditate adventitia iure novo. 6. In Castrensi hereditate si miles a commilitone instituatur *L. 5. de castr. pecul.* (de quo & Bocer. *Lib. 1. de I. belli* C. 28.) Hæc, quæ scilicet extra parentheses, ex Duar.

5) Bellon. 3. *Supput.* 3. *n.* 2. rationem concludentem dari non posse. Et confugit *ad L. 20. de LL.* (miserorum perfugium) non id factum scribens ex iuris necessitate, sed pro voluntate, quia sic placuit, per verb. *placuit* in *d. L. 6.* *§. 1. h. t.* Sed Donelli ratio expeditissima. Aliter Goth. *in not. d. L. 1. C. Qui admitt.*

6) Ita & Goth. *in not. L. 6. §. 1. h. t.* Diss. Duar. *h. t. C.* 4. volens, rogari prius, & admoneri patrem debere.

7) Et sic discrimen in eo est, inter servum, & filiumfamilias. Nam servus potest quidem cogi a domino ut adeat: sed si omnino nolit, eaque sit obstinatione, ut minis quidem ullis adduci possit, domino hereditas non acquiretur per *L. 21. C. de I. delib.* Vigl. *in §. 1.* vers. *alienus quoque serv. I. de her. inst. n.* 4. Duar. *h. t.* 12. 4. Quid de monacho? Filio comparandus. Nec potest non esse audiens iussui, contra professionem obedientiæ. Monasterium itaque, si is recuset, adire potest. Vigl. *d. lo. n.* 5. Diss. Govean. *ad Rubr. D. de Vulg. n.* 21. vid. de eo varie distinguens Alex. Trentacinq. *de Substit. P. 1. C. 7. n. 3. & seq.*

delatam sciat: & error in eo non minus nocet heredi, quam si, ut putat, delata non esset. Par igitur videtur, ut cum in conditione heredis exigimus, ut sit pubes, & sui iuris: scire quoque debeat, hæc ita se habere: si de his dubitet, non possit adire. Sed hoc in conditione ista heredum non placuit. Qui pubes est, quamvis falso se existimet pupillum, quominus adeundo heres exsistat, nihil talis error impedit. *L. qui se pupillum, D. de acq. her.* Similiter & filius, qui sui iuris est, quamvis dubitet, an sit adhuc in potestate, nihilominus adeundo hereditatem acquiret. *L. sed & si de sua, D. de acq. hered.* Et recte. Multum enim interest in rebus ad acquirendam hereditatem pertinentibus, utrum quid exigatur ad ius heredis; an vero ideo, ne aditio ipsi adeunti, aut repudiatio repudianti noceat. Ad ius heredis pertinet, ut hereditas illi sit delata testamento, aut ab intestato: sine quo heres fieri non potest, etiam si millies aliorum auctoritas, aut iussus accesserit. Hoc quidquid est, quo illi defertur, scire debet ita esse: alioqui de iure suo dubitet. Nunc autem qui destinatione animi hereditatem acquirit, de iure suo certus esse debet. *L. in repudianda, D. de acq. her. L. in totum, de reg. iur.* At utrum heres sit pupillus, an pubes; filiusfamilias, an sui iuris, ad ius heredis nihil interest. Pupillo heredi instituto tam defertur hereditas, quam si esset pubes; & filiofamilias instituto, tam defertur iudicio defuncti, quam si esset sui iuris. Proinde quamvis de hac conditione dubitet, non ideo de iure suo dubitat, dum sciat cætera, quæ ad ius delatæ hereditatis pertinent, puta iusto testamento delatam, aut ab intestato. Ut heredem de iure suo certum esse volumus in acquirenda, aut repudianda hereditate: ita dum de eo sit certus, aliarum rerum scientia, aut certitudo ab illo non exigitur. Cur ergo si pupillo, & filiofamilias plane delata est hereditas iure, exigimus amplius ad acquirendam hereditatem in pupillo, ut interveniat auctoritas tutoris, in filiofamilias ut præcedat patris iussus? Non sane quia necessarium sit alterutrum ad ius heredis, aut hereditatis acquirendæ; sed ne superioribus aliter adeuntibus, in pupillo quidem, ipsi aditio noceat; in filio autem familias, noceat patri. Ut merito tertium hoc quod exigimus ad acquirendam hereditatem, ut scilicet possit heres obligare eum, cui acquisiturus est, a iure hereditatis delatæ distinxerimus. Alioqui etiam huius potestatis certitudinem similiter ab herede exigeremus.

IX. Hinc potest intelligi, cur heres qui de conditione testatoris dubitat, an fuerit filiusfamilias, non possit hereditatem ex testamento adire: qui autem dubitat de sua, an ipse sit filiusfamilias, necne possit. *L. heres institutus, L. sed etsi de sua, D. de acquirend. hered.* Quippe illic, inquit Ulpianus, dubitat, an valeat testamentum: hic de testamento certus est. *d. L. sed etsi de sua.* Id est, illic dubitat, an hereditas testamento sit delata. Hic non dubitat, quin sit delata; & scit, se patri invito nocere non posse hereditatem acquirendo. Sed & heres ipse potest quandoque de conditione sua dubitare, ut non magis acquirere possit hereditatem in hoc errore, quam si dubitaret de conditione testatoris, & de viribus testamenti. Ut, si filius qui in potestate morientis patris non fuit, eoque est heres voluntarius, putet, se fuisse in potestate, eoque & se esse necessarium. Placet, eum nec adire posse hereditatem, nec repudiare. *d. L. is qui putat, L. & e contrario, seq. D. de acquirend. hered.* At quamobrem? Quia in hoc errore non putat, sibi delatam eam hereditatem, quæ opinione eius iam illi quæsita est, ut supra ostendimus. Interest ergo, utrum filius mortuo patre putet, se fuisse filiumfamilias patre vivo, & de hereditate patris agatur: an vero vivo patre ab alio scriptus heres putet, se non fuisse, sed nunc esse filiumfamilias. Prius qui putat, putat non esse sibi delatam hereditatem, ut dixi. Unde nec acquirere potest. Posterius qui existimat, iam ostendi, non [8] ideo existimare, eam sibi non delatam. Quæ res facit e contrario, ut quominus adeundo sibi acquirat, nihil hic error sit impedimento.

CAP.

8) P. Fab. *ad L. 76. de R. I.* hac dubitatione non æque, ut illa destinationem animi impediri. Sufficere namque quod sit hereditas, quæ adiri possit, quam quis velit acquirere, eamque esse non dubitet.

C A P. VII.

Hereditatem, quæ in ea caussa sit, ut acquiri possit, repudiatione amitti. Quibus ex rebus deprehendatur repudiatio. Tum quam vim habeat, quod dicitur, hereditatem hoc modo amitti.

Cur hic de repudianda hereditate, non de acquirenda disserat Auctor. I.
Eam repudiari duobus modis. II.
Silentio; & quænam silentii vis. Repudiare quid sit. III.
Item expresse variis modis. IV.
Verbis. V.
Item scripto, & nutu. VI.
Item re & facto. Facta eamdem voluntatem indicantia duo occurrere. VII.
Utrumque proponitur. VIII. IX.
Effectus repudiationis est, hereditatis, idest spei eius obtinendæ amissio. Semel repudiatam, acquiri amplius non posse. X.
Huius regulæ una exceptio ex iure civili. XI.
Exceptio altera in minoribus. XII.
Ius idem cum in hereditate, tum in bonorum possessione valere. XIII.

I. Cum in ea caussa erit hereditas, ut voluntate acquiri, & contraria voluntate amitti possit; quod fit, cum superiores conditiones concurrent: tum heres, re provisa, utiliter, & tuto voluntate sua accedet ad statuendum de hereditate cum ad acquirendum, tum ad amittendum. Itaque utrum horum facere statuet, hoc solum supererit in eo, ut videndum sit, quomodo utrumque consequatur; idest, & quomodo acquiratur, & quomodo repellatur hereditas. Etsi autem acquisitio hereditatis dignitate prior est, quoniam in hac sunt commoda hereditatis, quæ quærimus: repudiatio autem magis per occasionem acquisitionis introducitur, dum id agitur, ne adeundo temere subeamus hereditatem damnosam: tamen quoniam de acquirenda hereditate potissimum quæritur, & de eo instituta oratio est, recte facturi videmur, si prius dixerimus de omittenda, & repudianda hereditate, deinde de acquirenda: ut, cæteris transactis, oratio desinat in acquisitionem, idest, in id, quod præcipuum, & summum est in hac quæstione.

II. Ergo heres aut nolet esse heres, aut volet esse. Ut ne sit heres, seu ut ei amittatur hereditas, dixi supra Cap. IV. tribus rebus effici, [1] repudiatione, morte, tempore. Sed posteriora duo valent etiam adversus invitos: nunc quid voluntate heredis in hac re fiat, quærimus. Ne quis sit voluntate sua heres, duobus modis consequitur; silentio, & aperta repudiatione.

III. Silentio, [2] si neque hereditatem agnoscat, neque aperte repudiet. Nam non efficitur heres, nisi aperte voluerit, *§. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Silentii huius vis hæc est, ut pro eo tempore non fit heres, non tamen ut acquirendi ius amittat. Potest enim, qui semel, aut diutius tacuit, nihilominus cum volet, hereditatem adire. *L. si curatoris, C. de iur. delib.* nisi quid extrinsecus accedat: puta nisi morte, aut tempore præcludatur, quibus in caussis his rebus amitti hereditatem eodem capite quarto diximus. Repudiatione idem consequitur, sed longe dissimili effectu. Qui heres esse non vult, huic liberum est hereditatem repudiare, quam acquirere poterat. *L. is potest. D. de acq. her.* Quod veteres etiam dicunt omittere hereditatem, ut *L. filium. D. eod.* Prætermittere, ut *L. qui patri ibid.*

1) Quibus casibus, & ex quibus caussis aditio non valet, iis nec repudiatio, Cuiac. 1. *ad Afric. ad L. 46. h. t.* Et eædem sunt conditiones in omissione, quæ in acquisitione *sup. Cap. 4. N. 1.* Duar. *h. t. C.* 8. Nondum igitur delata repudiari nequit *L. 4. h. t.* Excipit Duar. *d. C.* 8. nisi magistratus auctoritas accedat, si rogatus, institutus sub conditione, an velit heres esse, quando exstitura conditio, neget. Videtur tamen & hæc differentia. Adiens pro parte in solidum acquirit: Repudians partem regulariter nihil agit, *L. 76. h. t.* Duar. *h. t. C.* 10. Quær. An hereditas pupillaris possit acquiri, & paterna repudiari? Neg. in *L. 10. §. de t. doub.* Ratio, quia per immistionem pupilli confusa sunt bona patris cum pupillaribus, & unum effectum patrimonium, Duar. *d. C.* 10. qui & *C. 6. f. 460. & seq.* filium non posse repudiare hereditatem paternam retenta legitima, & Vaud. 2. *Q.* 18. de quo forte alibi.

2) Hunc modum non agnosco; & somnus hic nostro obrepsisse videtur. Neque enim hic effectus est ullo tempore, quem ipse Don. *h Cap.* ponit Silentio non fit ut quidquam amittat, sed ut nondum acquirat. Et quid hoc est: Amittit, ut interim non sit heres. Si vere amitteret, nec postea fieri posset.

bid. 3 recusare, ut *L. recusari, eod. Tit.* Sed usitatius, & frequentius *repudiare*. *L. is qui heres*, & aliquot sequentibus, *eod.* Est autem repudiare hereditatem, nolle esse heredem: seu nolle hereditatem ad se pertinere. Quod cum vis verbi satis indicat, tum intelligitur ex *d. L. filium, de acq. hered.* ubi omittere hereditatem, quod diximus esse repudiare, & nolle hereditatem ad se pertinere, pro eodem usurpantur.

IV. Hanc voluntatem cum quærimus; nempe etiam declarari volumus, ut probetor. Quod nominatim exigitur in adeunda hereditate in §. *ult. Instit. de her. qual. & diff.* Quomodo declaretur hæc voluntas ab herede, ad iustam repudiationem nihil interest. Recusari, inquit Paulus, hereditas potest non tantum verbis, sed etiam re, & alio quovis indicio voluntatis.

V. *Verbis* repudiat, qui dicit se nolle heredem esse.

VI. Indicia eiusdem voluntatis, si a re distinguuntur, ut quædam a verbis, & re distingui in superiore definitione animadvertimus, sunt in scripto, & nutu, quibus rebus homines pro verbis uti solent. In *scripto*, si scribat heres se nolle esse heredem. *Nutu*, si mutus, exempli gratia, interrogatus, an nolit esse heres, annuat. Utroque modo recte heres repudiaverit. Nam his omnibus modis recte aditur hereditas, ut paulo post dicetur. Porro contraria animi destinatione, & testatione heres ab hereditate repellitur. *d. §. ult. de her. qual. & diff.*

VII. Rem verbis, & aliis indiciis cum opponunt nostri, *rei* verbo factum significant; ex quo sine verbis, & his, quæ verborum vicem habent, scripto puta, & nutu, voluntas intelligitur; ut fit in superiore definitione, & *L. 4. D. pro soc. L. 2. D. de pact.* Huiusmodi facta in repudiatione duo hæc occurrunt. Unum, cum heres testamento scriptus, qui idem ab intestato succedere potuit, repudiavit, aut adivit legitimam hereditatem, de testamentaria nihil aperte statuens. Alterum, cum is, qui, testamento rescisso, succedere potuit ab intestato, egit aliquid cum herede scripto, quod, nisi eum heredem agnosceret, utiliter cum eo geri non potuit.

VIII. Prius tale est, filius, aut proximus cognatus, qui ab intestato heres futurus erat, testamento scriptus est heres. Mox legitimam hereditatem repudiavit. Quæsitum est, an aliquid egerit repudiatio. Et ratio iuris facit, ut nihil egerit, si prius ex testamento non repudiavit. Tandiu enim hereditas defertur ex testamento, quoad inde repudiata non fuerit, *L. si curatoris, C. de iur. del.* quandiu autem ex testamento adiri potest, tandiu ab intestato non defertur. *L. quandiu potest. D. de acq. her.* Quod si non defertur, nec potuit legitima adiri, eoque nec repudiari. *L. si quis extraneus, §. 1. L. is qui heres, D. eod.* Sed placuit in proposito, eum, qui legitimam repudiavit, aut adivit, prius 4 repudiasse videri testamentariam, ut sic legitimæ locus fieret; quæ proinde eodem tempore & acquiri posset adeundo, & repudiandn amitti. *L. nec is. §. ultim. L. illud. D. eod.* Non obstare, quod hic heres prius non repudiavit aperte ex testamento. Verbis enim repudiavit: re, & facto repudiasse intelligitur. Significatio prioris repudiationis ex posteriore, quod non potuit utiliter legitimam repudiare, aut adire, nisi prius repudiaverit ex testamento, ut est in *d. L. illud, de acq. her.* Sic porro est natura rerum, ut qui vult consequens, necesse sit, eum velle & id quod antecedit; sine quo ad id quod sequebatur, pervenire non potuit.

IX. Posterius factum locum habet in filio, qui testamento patris præteritus est, aut immerito exheredatus: qui ideo petere potuit bonorum possessionem contra tabulas, aut queri de inofficioso testamento. Sunt autem facta huius generis, si ab heredibus institutis sciens, eos heredes esse aut emit res singulas, aut conduxit prædia, aut his solvit, quod testatori debebat. His enim factis, & similibus agnovit heres iudicium defuncti, ut est in *L. si ponas, §. 1. D. de inoffic. test.* Id est, agnovit eos, qui instituti sunt, vere iudicio defuncti esse heredes. Id agnoscendo, simul & bonorum possessinnem, & querelam inofficiosi repudiavit: ac per hæc here-

3) Cuiac. tamen *in Par. h. t. & ad L. 3. de R. I.* differre hæc ostendit: Repudiatio fit solemniter in iure, *L. 4. C. de rep. her.* Recusatio quoquo modo & iure, *L. 95. h. t. L. 6 ad Treb.* Repudiat solus heres. Recusat etiam fideicommissarius, *L. 16. §. 4. ad Treb.* Filiusfamilias recusare, & nolle adire potest, *L. 3. C. de her. inst.* repudiando nihil agit, *L. 13. §. ult. h. t.* Govean. 2. *Var. lect.* 25. Repudiationem esse actum contrarium aditioni; & quemadmodum qui adibat, certa verba præferebat, ita & repudiantem per *L. servus 58. Sol. matrim.* P. Fab. 2. *Semestr.* 23. *p.* 347. Repudiationem esse actum legitimum, & a recusatione differre, quæ & ab absentibus, ac per epistolam fieri potest. *L. 6. pr. ad Treb.*

4) Sed hic, si vere, & exacte rem expendimus, non est vera repudiatio; neque amittitur hereditas delata, aut spes delatæ acquirendæ, sed spes deferendæ intercluditur. Hereditas enim iam adita est a scripto: nec prius defertur exheredato ab intestato, quam per querelam testamentum eversum fuerit, & res ad intestati caussam redierit.

hereditatem, ad quam nisi his remediis pervenire non potuit. Repudiavit autem ideo, quia non potuerunt qui instituti sunt, heredes esse, quin simul filius heres non sit. Uni enim duo in solidum heredes esse non possunt. *L. quod contra*, §. 1. *D. de reg. iur.*

X. Repudiationis effectus hic est, non solum ut ne sit heres, qui repudiavit, ut de tacente diximus; sed etiam tempestive, & suprascriptis conditionibus repudians, repudiatione hereditatem amittat, ut est in *L. is qui heres, in pr. de acquir. her.* hereditatem, id est, spem hereditatis obtinendæ. Neque enim proprie videtur rem amittere, cuius propria non fuit. *L. non videtur rem, D. de reg. iur.* Sed quia spes certa fuit, & ea, quæ tribueret heredi hereditatem, si vellet; ideo, hac spe amissa, ipsa hereditas amitti videtur. Id hanc significationem habet, ut delatam repudians successionem, ne in posterum quidem eam quærere possit, si velit. *L. 4. C. de rep. her.*

XI. Quod tamen una in specie iure civili contra receptum est, ne repudiatio alii contra voluntatem defuncti noceat: cum scilicet heres institutus rogatus est alteri restituere hereditatem. Visum est enim senatusconsulto, sic eum hereditatem adire, & restituere debere, ut, quamvis, non dico, recuset adire, sed etiam ultro iam ante repudiaverit, placeat nihilominus, eum cogi posse adire, & restituere. *L. 4. L. nam quod, in pr. D. ad sen. Treb.* Sed hoc, ut apparet, alterius caussa, non heredis. Nam ipsi heredi nihil eiusmodi præstatur. Sed quomodo etiam alterius caussa hereditatem adeat, qui repudiatione hereditatem amisit? In hac caussa non intelligitur heres repudiatione alteri amisisse: quasi hactenus repudiatio nullius momenti fuerit, quæ contra Senatusconsultum intervenit. *L. non dubium, C. de legi.*

XII. De iure civili, & communi auxilio loquimur. Alioqui si minor repudiavit hereditatem, beneficio ætatis per in integrum 5 restitutionem consequitur, ut sibi denuo adire liceat. *L. 1. & L. 2. C. si ut omis. her. vel bo. pos. acqui.*

XIII. Valet hoc ius non tantum in hereditate, sed etiam in bonorum possessione delata. Hæc licet admitti non possit, nisi apud magistratum, seu iudicem; *L. ult. C. qui ad. ad bo. pos. pos.* repudiari tamen & sine magistratu, & iudice, potest nuda voluntate; & repudiata similiter amittitur. *L. 1. §. qui semel. §. quibus, D. de succ. ed. §. cum igitur, in fi. Inst. de bon. pos.* Atque hæc de repudianda hereditate.

5) *L. 24. §. 2. de min.* quæ de extraneo accipienda est, non de suo; vid. not. *supr. Cap. 2. N. 24.*

C A P. VIII.

Hereditatem, quæ acquiri ab extraneo herede possit, duobus his modis acquiri, adeundo, aut pro herede gerendo. Genera hæc duo acquirendæ hereditatis ita distincta appellationibus, ut & reipsa in usu iuris sint diversa: & quid sit horum utrumque, quidve alterum ab altero differat. Atque ut hæc genera duo, ita in hac non plura. *Cretionem* veteribus nihil aliud fuisse quam aditionem: & de hoc verbo, deque utriusque origine ac notatione plura. Agnoscere hereditatem, admittere, suscipere, adire, plura verba esse unius rei: tum quæ in his sit metaphora, & unde ducta. Pro herede gerere cum sit sine aperta testatione quid gerere animo tanquam heredem: quibus ex rebus, & factis heredis hic animus deprehendatur. Et rursum ex quibus deprehendatur contrarius.

Nunquam extraneis heredibus nisi animo, & voluntate acquiri hereditatem. I.
Ea non semper solo animo acquiritur, sed interdum necessaria auctoritas magistratus; & quando. II.
Declarari voluntatem suscipiendæ hereditatis vel nuda testatione, vel re aliqua, aut facto. Hinc aditio, & pro hærede gestio. III.
Genera hæc duo acquirendæ hereditatis, ut distincta appellationibus, sic re ipsa in usu iuris esse diversa; & quid sit horum utrumque, quidque alterum ab altero differat. IV.
Non esse plura genera acquirendæ hereditatis, quam hæc duo. V. seqq.
Cretionem *veteribus nihil aliud fuisse quam aditionem; & de hoc verbo, deque utriusque origine, ac notatione plura.* VI. VII. VIII.
Hodie solemnitas cretionum sublata Theodosii constitutione; qua eadem tria constituta intelligenda sint, & quæ nam, quidve postea usuvenerit. VII.
Agnoscere *hereditatem*, admittere, suscipere, adire, *plura verba esse unius rei.* IX. X.
Dicta hæc per metaphoram, & quenam, & unde ducta. X.
Ambiguum esse quando quis intelligatur gessisse quasi heres. Quare. XI.
Trium generum facta in hanc rem proponuntur. XII.
Cum quis quid facit, quod, nisi ut heres, facere nequivisset, eum pro herede gerere videri. XIII.
Contra non videri, eum gerere pro herede, qui, quod gessit; etiam si heres non fuisset, gerere potuisset. XIV.
Quædam media esse, ut quæ geruntur in rebus hereditariis, aut his, quæ tales putantur. Hæc trium generum. XV.
Quæ quis potest facere, & si non heres, sed inutiliter, ac sine effectu, hæc si simpliciter fecerit, censeri, eum gessisse pro herede. XVI.
Idem iuris in eo, qui ea gerit, quæ utiliter, at non iure suo, etiam non heres gerit. XVII.
Idem & in eo, qui quæ gessit, etiam iure suo, ac utiliter, & si non heres, gerere potuisset, sed non suo nomine. XVIII.
Videri etiam pro herede gerere eum, qui non hereditariis, tamquam hereditariis utatur. XIX.
Toties ex his factis agnoscendæ hereditatis animum colligi, quoties nihil sit, quod coniecturam impediat. XX.
Impedire hæc quatuor. XXI.
Amotio rei hereditariæ. XXII.
Venia gerendi a magistratu impetrata. XXIII.
Error rem alio iure suam esse putantis. XXIV.
Aperta testatio. XXV.

I. Acquirendæ hereditatis hæc ratio est. Nunquam hereditas [1] extraneis heredibus vel iure civili, vel iure prætorio delata, nisi [2] voluntate, & destinatione animi acquiritur. De hereditate iure civili acquirenda est in §. *ult. Inst. de her.*

1) Sui enim vere non acquirunt, sed sese immiscent (confer *sup. dicta Cap.* 2. *N.* 18.) nec fieri dicuntur heredes, sed existere, id est apparere; *L. ultim.* §. *fin vero* 2. *C. de Cur. fur.* & ut Theoph. *in pr. I. de bonor. poss.* ἀναφαίνεσθαι. Hinc non furari dicuntur vel expilare hereditatem, sed amovere; *L.* 71. §. 4. *& seqq. h.* Cuiac. *in L.* 11. *de lib. & post.*

2) Cum voluntarius vocetur vid. *sup. Cap.* 3. *N.* 1. Quid igitur si metu coactus quis adiit? Heres efficitur, quia coactus voluit; sed restituitur per prætorem data absti-nen-

ber. qual. & dif. De bonorum possessione, quæ iure prætorio defertur, constat; cum hanc prætores polliceantur se daturos eam petentibus. Sed & de hoc genere aperte ita definitur in *L.* 3. §. *bonorum, D. de bon. pos.* invito nemini bonorum possessionem acquiri.

II. Sed alias sola voluntate acquiritur hereditas; alias interveniente auctoritate magistratus, seu iudicis. Aditio, & auctoritas magistratus necessaria est in iis hereditatibus, quæ solo iure prætorio deferuntur; item in aditione bonorum libertatum conservandarum caussa facta: de quibus postea, ut iuris communis quibusdam exceptionibus. His autem exceptis, ita ius est: ut omnis hereditas testamento, vel ab intestato delata heredi extraneo solo animo, & voluntate acquiratur, ut quisque hanc de suscipienda hereditate declaraverit. §. *ult. Inst. de her. qual. & dif.*

III. Sed ut in repudianda hereditate fieri diximus, sic in acquirenda accidit, ut declaretur voluntas suscipendæ hereditatis, partim 3 nuda testatione, aperta tamen: partim re aliqua, & facto. Prius qui facit, hunc veteres dixerunt *adire* hereditatem. Posterius quia non fit, nisi ab eo, qui quid facit ut heres, ideo dixerunt significanter *pro herede gerere*. Ex quo duo genera acquirendæ hereditatis his nata, ut acquiratur vel adeundo, vel pro herede gerendo. Unde *aditio*, & *pro herede gestio*. Res quidem ita dilucide distincta in *d.* §. *ult. Inst. de her. qua.* Generum autem ipsorum appellatio, & distinctio his locis expressa; *L. quandiu institutus*, *D. de acq. her. L. & si quis*, §. *plerique D. de rel. & sum. fu. L. cum antiquioribus*, §. 1. *C. de iur. del.*

IV. In quibus licet observare, sic genera ista 4 distingui appellationibus, ut neque qui adit, dicatur pro herede gerere, neque qui pro herede gerit, adire. Sic autem in his statui non unum genus acquirendæ animo hereditatis: ut tamen sint hæc tantum duo, non plura. Distingui ista ut diversa supra scriptis in locis constat. Et vero maxime diversa esse in usu iuris, non aliunde intelligi potest certius, quam ex dubitatione Ulpiani, quæ extat in *L. si quis mihi*, §. *sed quid si, D. de acq. her.* quid si, inquit, mandavit pater filio, ut pro herede gereret, filius adiit hereditatem? *an iussu videatur adisse, dubitari potest*. Stulta dubitatio, nisi constaret, hæc facta re esse diversa: cum is solus existimari debeat non iussu quid fecisse, qui aliud fecit, quam mandatum est. Et quod subiicit, verius esse ex hoc quoque aditionem esse introducendam; ideo dicit, quia etsi facta hæc re inter se diversa sint; effectum tamen unum hunc habent, ut acquiratur hereditas, qui solus finis propositus est mandanti patri de hereditate acquirenda. Significat igitur vere diversa esse, unde ambigendi caussa: sed ut est exitus utriusque, & voluntas mandantis, non obstare hanc differentiam, quominus uno imperato, & alterum faciendo voluntati mandantis pareatur. Sane si originem, & proprietatem verborum propius expendere velimus, possunt hæc confundi, ut dicatur, qui pro herede gerit, adire hereditatem, & qui adit, pro herede gerere. Nam 5 adire quidem ita dictum est, ut sit *ire ad hereditatem*. Quod veteres declararunt alio verbo, quo in hac re utuntur. Nam pro adire hereditatem dicunt iterdum *accedere ad hereditatem*: exprimentes nimirum vim eam, quæ est in verbo adeundi ut in *L. ult. D. de acq. her. L.* 3. *C. de iur. del.* Quisquis autem pro herede gerit, quocumque facto id faciat, quo fiat heres, non minus accedit ad hereditatem. Proinde & qui pro herede gerit, adit. Pro herede autem gerere definiunt esse aliquid fa-

cere

nendi potestate. *L.* 21. §. 4. *Quod met. ca. L.* 85. *h. t.* Obiic. *L.* 6. §. *ult. h. t.* Resp. ex verbo *fallens*. Adiit enim ibi nihil minus in animo habens, quam ut adiret: A. Fab. *ad d. L.* 21. §. 5. simulans, se assentiri, ac non invitum facere. Cuiac. *ad L.* 4. *de R. I.* Atque ita non ibi est coacta voluntas hereditatis habendæ, sed fallax simulata ac nulla. Cuiac. 16. *Obs. ult.* vid. & Duar. *h. t. C.* 6. *f.* 457. P. Fab. *ad L.* 3. *& seq. de R. I.* & Pac. 2. *Q.* 67.

3) Et pura. Diei enim vel conditionis adiectione aditio vitiatur *L.* 77. *de R. I. L.* 51. §. *ult. h. t.* Voluntas enim in diem, aut sub conditione concepta certa non est, qualem aditio exigit. Obstat *L. primo* 23. *D. Qua in fraud. cred.* in verbis: *ea conditione adierunt hereditatem*. Resp. Hot. *ill. Q.* 34. conditionem illic denotare pactum, quia cum creditoribus, uti & cum legatariis *L.* 73. *in f. pr. ad L. Falc.* pacisci licet ut minus iis præstetur. Et P. Fab. *ad d. L.* 77. *pag. m.* 346. vel ideo non vitiari aditionem *in d. L.* 23. quia auctoritate Præsidis Provinciæ ex consensu creditorum facta; vel potius aditionem ibi pure factam: de eo autem convenisse heredi cum creditoribus, ut pars eis dumtaxat præstaretur. Non autem necesse est, ut verbis testatio declaretur, quia & mutus adire potest, *L.* 5. quæ tamen de gestione pro herede loquitur) *L.* 93. §. 1. *h.* si scilicet intellectum habeat: quo si careat, dandus est ei curator, qui eius nomine *L.* 65. §. 3. *ad Trebel.* ita Duar. *h. t. C.* 4. *fol.* 448. & P. Greg. 46. *Synt.* 4. *n.* 14. Sed Govean 1. *Var. lect.* 25. *n.* 2. In aditione verba esse necessaria. Mutum pro herede gerere *d. L.* 5. non vero adire posse. Infans, ait, gerere pro herede potest *L.* 65. §. 3. *ad Trebell.* adire nequit. *L.* 9. *ibi si fari possit h. t.*

4) Vid. Vaud. 2. *Q.* 25. Duar. *h. t. C.* 3. Diff. P. Greg. 46. *Synt.* 4. & Althus. 1. *Iurisp.* 17. volens hodie, sublatis cretionum solemnibus, nihil inter aditionem, & gestionem interesse, sed male.

5) Vel aditum in eam ferre *L.* 28. §. *pen. cir. fi.* ibi. *aditus est ad hereditatem de lib. & post.* Cuiac. 7. *Ob.* 18. Quid si quis dicat, non *displicere* sibi hereditatem? Quidam putant adire, arg. *L.* 4. *&* 5. *C. de arbitr.* Contra Duar. *h. t. Ca.* 3. *f.* 342. quia non displicere medium est, ut non nolle, inter velle, & nolle. Confer *not. supr. C.* 4. *N.* 1.

cere, quasi heredem, *L. pro herede, in pr. D. de acq. her.* Quod si est, valere potest hoc idem e converso: ut etiam qui nuda voluntate testatur, se velle heredem esse: idest, qui adit, dici possit pro herede gerere. Facit hoc, ut heres. Et ita hoc verbum modo angustius, modo latius eodem in loco accipitur apud Iustinianum in *d. §. ult. Inst. de her. qual. & dif.* dum definit, quis videatur gerere pro herede. Sed usus veterum hæc ita trivit, ut ea in diverso genere ponerentur: essetque *adire*, ubi ad obtinendam hereditatem nihil aliud fieret, quam ut ad eam iretur, accederetur sine alio facto: *pro herede autem gerere* esset amplius quid facere, per quod ad hereditatem perveniretur. Quæ sane & verbis ipsis recte significantur. Et in summa, adire est profiteri se velle heredem esse: seu nudam voluntatem suscipendæ hereditatis declarare. Sic enim fere describitur apud Iustinianum id factum, quod distinguitur ab eo, quod est pro herede gerere in *d. §. ult, de her. qual. & dif.* id autem factum vocant veteres adire, ut ostendi. Pro herede autem gerere, ut ibidem declaratur, est in rebus ad hereditatem, aut ius heredis pertinentibus aliquid tanquam heredem, & dominum facere. Itaque inter ista est harum rerum differentia in usu veterum, & iuris. *Adire* est nudæ voluntatis; *pro herede gerere*, facti, & velut administrationis. Adire apertam professionem habet de suscipienda hereditate. Pro herede gerere nullam; sed solum factum, ex quo, ratiocinando, animus heredis de acquirenda hereditate colligitur.

V. Atque ut hæc diversa genera sunt, quibus acquiritur hereditas: ita ne frustra plura requiramus, quæ non sunt, diligenter statuendum est, non [6] plura esse, quam hæc duo. Primum non plura ponuntur in superioribus tribus locis, quos indicavi: in quibus tamen genera acquirendæ hereditatis velut ex professo numerantur. Tum autem res evincit plura esse non posse. Nam hereditas extraneis sola voluntate, & animo acquiritur. Tantum hoc quæritur, ut declaretur aliquo modo hæc voluntas. *d. §. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Neque vero declarari potest pluribus modis, quam his duobus, aperta testatione, vel re aliqua, & facto. Prius, ut dixi, veteres vocant aditionem: posterius pro herede gestionem. Quare non pluribus modis acquiri hereditas extraneis potest, quam his duobus, aditione, & pro herede gestione.

VI. Quid ergo [7] *cretio*, cuius mentio est in *L. cretionum. C. de iur. del.* & cuius rationem explicat Ulpianus in fragmentis Tit. *qui heredes institui possint:* an non est veteribus tertium genus acquirendæ hereditatis? Ac ne nunc quidem ea lege id sublatum dixeris. Lex enim tollit solemnitatem cretionum, non cretiones. Quod autem abrogatum non est, id manere oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appel.* Sed ut nunc nobis: sic ante illam *L. cretionum*. Nec veteribus plura genera fuerunt acquirendæ hereditatis, quam duo. Ut enim Ulpianus docet in d. Tit. *qui her. inst. pos.* aut instituebatur heres eum cretione, id est, ea lege, ut cerneret hereditatem intra certos dies: aut instituebatur simpliciter, & sine cretione. Nihil est tertium. Si cum cretione, fiebat heres cernendo; unde cretio: si sine cretione, fiebat heres pro herede gerendo; unde pro herede gestio. In quo apparet, non plura genera statui acquirendæ hereditatis, quam hæc duo, cretionem, & pro herede gestionem. At enim veteres aditionem agnovisse plus quam notum est ex ipsorum scriptis, quæ in pandectas relata sunt. In quibus hoc verbo nihil occurrit frequentius; præsertim sub Titulo, *de acquir. hered.* nec minus alibi, quoties de acquirenda hereditate agitur. In quo genere tres illi maxime sunt conspicui, *d. L. quandiu institutus, de acquirend. her. L. & si quis, §. plerique, de rel. L. cum antiquioribus, §. 1. C. de iur. del.* In quibus duo hæc coniungi dixi, adire, & pro herede gerere; aditionem, & pro herede gestionem. Sed non ideo plura illis genera, quam duo. Nam cretio nihil aliud fuit, quam aditio illis temporibus solemnis, & usitata. Id declarat formula cretionis, quæ ibidem refertur apud Ulpianum, qua utrumque verbum continebatur. Formula hæc erat: *Cum me Lucius Titius heredem instituerit, eius hereditatem adeo, cernoque.* Ex verbo *cernendi* hanc testationem dictam

6) Consentit nostro P. Fab. 2. *Semestr.* 22. tradens, acquiri suis, non per immistionem, sed ipso iure; extraneis agnitione: id est aut pro herede gestione, aut aditione seu cretione.

7) De cuius solemnibus vid. Duar. 2. *Disp.* 41. Forst. 2 *de Success* 19. Ræv. *de auct. prud.* C. 8. ubi scribit, per cretionem omnes omnino hereditatis aditiones intellexisse probatos auctores. P. Fab. 2. *Semestr.* 22. *p.* 328. veteres glossas indicare scribit, cretionem esse eamdem cum aditione, & locum quendam (Cornificii, sive quisquis auctor est) 4. *Rhet. ad Herenn.* Festus *Lib.* 3. *f. m.* 1208. Crevi modo significat hereditatem adii, &c. Et pluribus hoc firmat P. Gregor. 46. *Synt.* 2. *n.* 6. Dissent. Cuiac. *in Par. h. &* 7. *Obs.* 18. differentiam inter aditionem, & cretionem statuens, cuius tamen utriusque Symbolum fuerit digitorum percussio.

dictam esse [8] *cretionem* omnes vident. Et quis dubitet ex verbo adeundi, quo verbo pariter utebatur heres, dictam esse, & dici debuisse aditionem? Sed ita utrumque ut ex posteriore verbo usitatius diceretur cretio. Ut accidere solebat in iis formulis, quæ duobus verbis idem significantibus constabant. Utcumque est, ex eo quod fieri declarabatur in formula, & nomen actionis eius natum est. Ut acceptilatio dicta ex formula, quod qui stipulabatur, rogabat a creditore num is acceptum haberet, acceptum ferret.

VII. Hodie constitutione Theodosii, idest *d. L. cretionum*, *C. de iur. del.* cretionum solemnitas sublata est. In quo tria hæc constituta intelligere debemus. Primum, ut quamvis testator iusserit heredem suum hereditatem cernere: tamen heres pro herede gerendo recte heres existat. Deinde ut quamvis heres simpliciter sit institutus, & sine cretione, nihilominus adeundo, & cernendo hereditatem, non ut olim solum pro herede gerendo, hereditatem acquirat. Tertium, ut dum hereditatem adibit verbis, & aperta testatione, sufficiant quævis verba, & nuda testatio contemta superiore formula cretionum. Hæc superiore lege constituta ideo intelligimus, quia contraria omnia erant in solemnibus cretionis, ut declarat, eodem illo Titulo Ulpianus. Hæc autem solemnitas omnis illa lege sublata est. Nec dubium est, quin Iustinianus in §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* hæc ipsa intelligi voluerit, velut ad sententiam *d. L. cretionum*, alludens, atque hanc velut exprimens: cum ait, cum, qui ad hereditatem vocatus est, pariter heredem fieri sive adeat, sive pro herede gerat: & contra item in testatione nihil referre, quomodo voluntatem suam declaret, re, an verbis, & quibus verbis in eo utatur. Post quam constitutionem usu venit, ut, sublata solemnitate cretionum, ipsum etiam nomen cretionis aut exolesceret, aut minus frequentaretur; aditionis autem verbum, quod erat in scriptis veterum, aut retineretur a compositoribus, aut substitueretur; ne quis verbo cretionis retento deceptus existimaret, solemnitatem cretionis, quæ initio fuit, etiam adhuc retineri, & in usu esse.

VIII. Meminerimus tamen, solemnitate aditionis sublata, nihilominus etiam nunc utrumque verbum de aditione nuda recte usurpari: ut dicamus, eum, qui agnoscit, & suscipit hereditatem, aperta professione, pariter & adire hereditatem, & hanc eamdem cernere. Non aliter, quam in veteri, & solemni ritu utrumque facere heres dicebatur: ut sciamus & veteribus utroque verbo eamdem rem significatam esse, & nobis etiam eamdem istam significari solemnitate verborum summota, quæ ad rem nihil pertinet. Animadvertendum est enim dicta hæc esse per metaphoram ita, ut ad voluntatem suscipiendæ hereditatis significandam, nunquam possit esse unum sine altero: ut si aditionem hodie admittimus, necesse sit etiam admitti cretionem: &, cretionis verbo posito, statim aditio quam recipimus, statuatur. Nam, ut ante attigi, adire hereditatem est venire, & accedere ad hereditatem, non utique corpore, sed animo. Nam animo hic res geritur. Quorsum ita adire? nempe, ut eam tanquam præsentem, & tuam, animo cernas; idest, acquiras. Nam aliter non possis tuam esse dicere. Quid autem fecit is, qui animo cernit hereditatem? Id nimirum, quod antecedit. Adivit videlicet. Nemo enim potest cernere præsentem, nisi prius ad eam accesserit. Id autem est quod nunc dicimus, nisi prius eam adierit. Unum igitur, & idem genus, *aditio*, & *cretio*. Unum veteribus. Unum & nobis; quibus & post superiorem constitutionem Theodosii utrumque verbum & rei propositæ optime conveniens recte retinetur. Quod si est, neque illis olim fuerunt, neque nobis hodie sunt plura genera acquirendæ hereditatis, quam hæc duo; *aditio*, quæ eadem & *cretio* dicitur, & *pro herede gestio*.

IX. Qui autem scribunt, hereditatem acquiri his modis, cretione, aditione, pro herede gestione, immistione, agnitione: hi in magna [9] ignoratione versantur tum rerum, tum verborum. Nam primum immistione non acquiritur hereditas ullo modo. Immistio propria est suorum heredum. *L. necessariis*, *D. de acquir. hered.* Suis heredibus non quæritur hereditas ullo facto, sed ipso iure, statim ab initio, ex quo bis delata est hereditas, & quidem invitis. §. *sui*, 2. *Institut. de her. quæ ab int. def.* Immiscent quidem se sui heredes, cum postea attingunt res hereditarias, post quam immistionem, beneficium abstinendi non habent, quod illis tributum erat iure prætorio. *d. L. necessa-*

8) P. Fab. *d. C.* 22. *p.* 326. Cretionem dictam vult, quod velut in rem præsentem veniatur, ac coram testibus adeatur & aspiciatur hereditas. Cuiac. *d. C.* 18. cernere dici quasi decernere, per *L.* 9. *L.* 13. §. *pen. h. t.*

9) Cuiac. in *Par. h. t.* & Althus. 1. *Iurispr.* 17. Sed recte noster.

cessariis. Sed hoc modo non acquirunt hereditatem iam ante fatis quæsitam iure: sed quæsitam retinent, qui abstinere non possunt. Quod ad cretionem attinet, hæc nihil aliud est, quam aditio solemnis vetus, & nec solemnis nova, ut ante ostendi. Agnitionem autem statuere novum modum acquirendæ hereditatis, & distinguere ab aditione, & cretione, magnæ admodum inscitiæ est. Agnoscere namque hereditatem, seu bonorum possessionem nihil aliud est, quam delatam pro sua suscipere: declarare, velle se eam ad se pertinere. *L.* 1. *L.* 2. *C. de iur. del. L.* 1. *in fi. D. de bon. pos. fur. inf. L. gerit. D. de acq. her. L.* 3. *L.* 4. *L.* 7. *C. qui ad. ad bon. pos. pos.* Hoc autem quid aliud in hereditate, quam adire, cernere hereditatem? Quod si quia verbum diversum est ab aditione, licet ideo plures species acquirendi facere: cur non dixerunt hereditatem acquiri non solum agnitione, sed etiam amplexu, admissione, susceptione? Nam hæc omnia dici legimus in hac re a veteribus: agnoscere hereditatem, ut ostendi: item hereditatem, seu bonorum possessionem amplecti. *L. quæsitum*, in fin. *D. de acquirend. her. L. si libertus patrono*, 41. in fin. *D. de bon. lib. L. bonorum. L. ult. C. qui ad. ad bon. poss. pos.* hereditatem, seu bonorum possessionem admittere. *L.* 6. §. 1. *D. de acquirend. her. L. quidam*, in fin. *C. de iur. del. L.* 3. §. *a municipibus*, *D. de bon. poss.* Item hereditatem suscipere. *L. cum bonis*, 87. *D. de acquir. her.* §. *ult.* in princ. *Institut. de hered. qual. & diff.*

X. Sed hæc, inquam, plura quidem verba sunt: verum unam, & eamdem rem significantia. Dicta sunt enim omnia per translationem ductam ab amicis; quos ad nos venientes testamur nos pro talibus, & vere nostris habere. Primum enim agnoscimus pro nostris. Sæpe etiam quo magis id testemur, amplectimur. Ad extremum etiam pro talibus habitos ad nos admittimus. Signa omnia eius voluntatis, qua declaramus, eos vere nostros esse, nosque pro talibus eos haberi velle. Cum idem sensus sit in eo, qui hereditatem suam esse velit, hic omnia illi, & hereditati eadem tribuimus. Fingitur enim, hereditas res esse quædam mobilis, quæ se nobis ultro det, eaque gratia ad nos veniat. Unde illæ formulæ loquendi latinis usitatæ: *et, aut ad eum venit hereditas: hereditas ad eum rediit*. Cic. *lib.* 2. de invent. *de hereditate ea, quæ pupillo venit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, & inter agnatos pupilli controversia est*. Idem pro Sex. Roscio: *ad quem morte Roscii divitiæ venerunt*. Terent. in Andria: *Eius morte ea ad me lege redierunt bona*. Hanc ita ad nos venientem, & se dantem dicimur agnoscere, amplecti, admittere; dum hoc significatur, eam nos non repellere a nobis; sed qualem se dicit, id est, nostram, talem nos agnoscere, amplecti, ad nos recipere: denique eam nos pro nostra habere. Suscipere autem hereditatem dictum ad similitudinem earum rerum, quas in humeros nostros tollimus: metaphora quærendæ hereditati admodum conveniente, propter onera hereditaria, quæ, hereditatem admittendo, subimus, ut est in *L. si duo, D. de acq. her.* Inest & in verbo *adeundi* translatio non admodum dissimilis. Nisi quod personæ euntium, & admittentium hic commutantur. Nam in superioribus, hereditas fingitur res esse mobilis, quæ ad nos veniat: nos hi, qui venientem admittamus. In verbo autem adeundi sic res accipitur, quasi hereditas res sit aut immobilis, aut mobilis quidem, sed aliquo in loco certo consistens, ad quam ipsi accedamus, accedentes ad eam, ut eam, quæ se nostram esse velit, admittamur. Unde rursum factum est, ut cum agnoscimus hereditatem, aut bonorum possessionem, non tantum admittere eam dicamur, sed etiam ad eam admitti. *L. si servus eius*, *D. de acquirend. her. C. qui admit. ad bon. poss. poss.* De iure agentibus nihil admodum opus erat hac verborum explicatione, nisi eo spectaret, ut moneremur plura quidem hæc verba esse ad acquisitionem hereditatis pertinentia: sed in re falli nos non debere. Re enim ipsa nihil his omnibus verbis contineri, nisi rem unam, id est, testationem suscipiendæ hereditatis, quam *aditionem* vocamus.

XI. His generibus constitutis, videndum, quid utroque contineatur. Quod quærendum est, non propter aditionem, sed propter gestionem pro herede. Nam cum adire sit apertæ testationis, nemo dubitat, quid in hac testatione heres voluerit. At pro herede gerere esse diximus, gerere aliquid quasi heredem, *L. pro herede, in pr. D. de acq. her.* Ambigitur, quando quis intelligatur gessisse quasi heres. Ambigendi caussa ex eo, quod neque ex verbis hic animus heredis cognosci potest, neque ex facto satis. Non ex verbis; cum hic verbis res non geratur, sed re aliqua, & facto. Non ex facto, quia aut facta non loquuntur; aut si quid significant, ambigua sunt: & tam possunt exer-

exerceri ab eo, qui heres sit, quam qui non sit. Exempli caussa: potest quis attingere res alias, quam hereditarias alio quovis iure, quam hereditario, ut nihilominus pro herede gerat. *L. gerit*, *D. de acq. her.* & contra, potest attingere res hereditarias, his utendo, eas distrahendo, ut tamen non gerat quasi heres, quod propositum est Ulpiano docere in *d. L. pro herede*, in princ. *de acq. her.* idque est, quod ibidem scribit, pro herede gerere [10] non tam esse facti, quam animi: significans non tam facti esse solius ab animo separati, quam animi; id est, non tam ex facto aliquo certo, quam ab animo esse aestimandum: quoniam in eodem facto possit quis videri quasi heres gerere, & alias non quasi heres, prout illic animus pro herede gerendi intervenit, hic non intervenit; ideirco ubique non tam quid factum, quam quo animo factum sit, esse spectandum. Dixi, facti solius ab animo separati; quia alioqui & quae animi sunt, facti sunt. Velle enim aliquid, facere est. Unde & contractus, qui consensu perficiuntur, ut venditio, dicuntur esse facti. *L. consilio*, *§. ultim. D. de curat. fur.* Sed quae sunt facti alicuius apertum animum non demonstrantis, non continuo sunt animi. Ideo & animus extra factum quaerendus.

XII. Merito igitur dubitatur, quibus ex rebus in eo, quod geritur ab herede, hic animus deprehendatur; ut cum gesserit, intelligatur pro herede, & quasi heres gessisse, quod quaerimus. De quo ita praecipiendum videtur. Quaedam sunt, quae heres facere non potest, nisi ut heres. Quaedam, quae quovis modo faciat, idest sive suo iure, sive nullo, & sive alieno nomine, sive suo, aeque facere potest, etiam si heres non sit. Quaedam media, & ancipitia, quae alias ut heres possit facere, alias non quasi heres.

XIII. De primo genere non difficilis definitio est. Quod heres facere non potest, nisi ut heres, & ut loquitur Ulpianus in *d. L. pro herede*, [11] *§. Papinianus*, in fi. de acq. her. *quod facere non potest citra nomen, & ius heredis*; perspicuum est, si id faciat, eum quasi heredem facere, eoque & pro herede gerere videri. Huiusmodi facta sunt, si quid heres accipiat ex iudicio testatoris, dari ei iussum ut heredi. Quod accidit, cum servus testamento manumissus est ea conditione, si decem heredi daret: aut quid alicui legatum eadem conditione. Haec decem si data sint heredi conditionis implendae caussa, & ille ita acceperit; apparet, eum sic accipere, ut non possit aliter, quam sub nomine, & iure heredis. Unde & pro herede gerere intelligitur. *d. L. pro herede. §. Papinianus de acq. her.*

XIV. De secundo contraria definitio est, eaque item non difficilis. Quidquid heres & suo iure, & nullo: suo nomine, & alieno facere potuit, etsi heres non esset, nunquam id faciendo pro herede gerere videri potest, nisi quid aperte contra de voluntate eius doceatur. Exempla haec sunt veterum ad id demonstrandum pertinentia. Veluti, si filius a liberto parentis operas officiales petat. *d. L. pro herede*, *§. si quid tamen*. Nam harum petitio ei competit suo iure, etiamsi heres non sit patri, dum non sit exheredatus. *L. si operatum*, *D. de oper. lib.* Item, si mortuum intulerit in sepulchrum hereditarium. *d. L. pro herede*, *§. si quid tamen, in fin.* eadem ratione, quod ius inferendi in sepulchrum hereditarium etiam ad liberos pertinet, dum non sint exheredati. *L. familiaria*, *L. vel quod*, *seq. D. de rel.* Item si defunctum funeravit heres: quod officium quivis humanitatis iure etiam extero potest praestare. *L. & si quis*, *§. plerique*, *D. de rel.*

XV. Tertium genus medium, id est, quod dubitationem habet. In hoc genere sunt ea, quae quis prout animo est affectus, facere potest quasi heres, & rursum eadem facere, etsi heres non sit. Ea sunt autem, quae geruntur, & administrantur in rebus hereditariis, aut iis, quas putat heres hereditarias. Quarum tres sunt velut ordines; qui si recte distinguuntur, & separatim spectantur a nobis, res tota fiet planissima.

XVI. Quaedam sunt igitur, quae heres facere potest in rebus hereditariis, etiam si he-

10) Vid. Duar. *h. t.* C. 4. *f.* 446. P. Fab. *ad L.* 6. *de R. I.* Gail. *1. Obs.* 129. *n.* 5.

11) In exemplo tamen *d. §. Papinianus* distinguitur si accipiens solus scriptus, ut tum videatur pro herede gessisse, quia non abter statulibero libertas competere potest; (& ita apparet speciem *d. §.* 4. maxime caussam decidendi habere in favore libertatis.) Sin vero ei coheres datus, secus; quia libertatis datio confirmabitur aditione coheredis, Duar. *h. t.* C. 3. ubi varia exempla pro herede gestionis explicat. Quaer. An Heres implens conditionem, sub qua institutus, eo ipso censeatur pro herede gerere? Exempl. gr. Maevius scriptus, *si* 10. *Lucio dares.* Dat 10. Negat Duar. *de Cond. inst.* C. 5. *f.* 416. *& h. t. de acq. her.* C. 33. *f.* 441. *per. L.* 13. *de cond. inst.* Aliud autem esse in suo herede, qui parendo conditioni se videatur immiscere, *L.* 86. *de her. inst.* Non puto aliud esse, sed distingui debere, an conditionem impleat animo adeundi, vel immiscendi, *L.* 62. ibi: *si ut heres iuraverit h. t.* vid. Pac. 3. Q. 91. & A. Fab. 31. *de Err. Prag.* 8.

si heres non sit: sed non utiliter, & cum effectu. Ut autem cum effectu velit, non potest facere, nisi sit heres: veluti, servos hereditarios manumittere. Ad servos hereditarios manumittendos accedere potest heres tanquam ad alienos: ut si id testetur. Sed si id facit, nulla est manumissio. Quoniam iure manumittere servum nemo potest, nisi qui dominus fuit. *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *C. de his qui a non do. man. sunt*. Non potest autem heres rei hereditariæ dominus esse, nisi hereditario iure: id est, quæsita hereditate. *L. heres in omne*, *D. de acquirend. hered.* De his ita definiemus: quod heres facere non potuit in rebus hereditariis, nisi esset heres, si modo utiliter, & cum effectu vellet rem gerere; id simpliciter si fecit, non alio animo fecisse credendus est, quam ut faceret utiliter: eoque & pro herede hoc facto gessisse: & si suus est heres, se miscuisse bonis intelligitur. Exemplo erit illud superius, si puta mancipium hereditarium manumisit: id est, ea fecit in eo, quæ sunt manumittentis, seu quæ sunt manumissionis propria. *L. Iulianus*, *§. si servum*, *D. de acquirend. hered.* Nec obstat, quod potuit hoc nullo iure, & sine effectu facere; ut si ad aliena manumittenda accessit. Semper enim in eo, quod geritur, ita affectus quisque esse putatur, ut velit valere quod agitur, non perire: serio agere, & cum effectu, non ludere. *L. si quando*, *in princ. D. de leg.* 1. *L. ubi. D. de rebus dub. L. quoties in stipulationibus*, *D. de reg. iuris*. Nam quod in *L.* 1. *C. de iur. del.* negatur filia emancipata, quæ ad bonorum possessionem solum vocabatur, servum hereditarium manumittendo, hereditati paternæ obligari: eoque & hereditas eo facto illi acquiri: non [12] eo dicitur, quod eo facto heres pro herede non gerat; sed quia in ea specie non potuit emancipatæ quæri hereditas adeundo, aut pro herede gerendo. Proponitur enim ea, quæ nullo iure servum manumittere potuit, nisi bonorum possessionem agnovisset. Bonorum autem possessio pro herede gerendo, aut adeundo non acquiritur: sed bonorum possessione agnita apud magistratum. *L. ult. C. qui ad. ad bo. pos. pos.* de quo postea.

XVII. Quædam sunt secundo loco, quæ heres in rebus hereditariis facere potest utiliter, & cum effectu, etiam si heres non sit; sed non iure suo. Qui si iure facere velit, non possit, nisi sit heres. Quod genus distrahere res hereditarias; rebus uti hereditariis, puta pecuniam hereditariam sumere, ædes inhabitare, locare, fructus ex his rebus percipere. Sane horum utrumque quivis potest facere in rebus alienis, & quidem cum effectu: ut scilicet rebus alienis ut utatur non secus ac suis: res alienas ita distrahat, ut non minus valeat emptio, quam si suas vendidisset. Nam & rei alienæ emptio consistit. *L. rem alienam*, *D. de cont. emt*. Sed sunt omnia eiusmodi, ut si tanquam in alienis, seu tanquam in iis, quas suas esse nolit, faciat, nullo iure faciat; sed aut in rebus mobilibus furtum faciat, vel nondum adita hereditate, expilatæ hereditatis teneatur. *L.* 2. *§.* 1. *D. de exp. her.* aut in rebus immobilibus si eadem faciat, faciat iniuria, ut nihil amplius. Hac de caussa, & de his factis idem probandum, quod de superioribus, ut ita definiamus: quod heres in rebus hereditariis suo iure, id est, ut in suis facere non potuit, nisi sit heres: id si facit, suo iure eum, & quasi heredem fecisse, eoque & pro herede gessisse videri. Id indicat Ulpianus in *d. L. pro herede*, in pr. ver. *servos*. Cum ait, heredem his factis non videri gessisse ut heredem; sed hac conditione, si fecit ea, ut custodiat tantum, aut deliberandi caussa, aut dum vult alii heredi futuro consulere. Ergo nisi dicat se isto animo superiora fecisse, & quia dicit, probet: quasi heres fecisse videbitur. Idem significatur in *L.* 1. *C. de rep. her.* Hic occurretur statim ex eo, quod heres hæc ipsa facere potuit ut in rebus alienis. Nec ad rem pertinet, quod isto modo faceret nullo iure. Dici enim potest satis esse, quod aliquo modo potuit ista facere, quamvis non esset heres. Si aliter, quam quasi heres; non debet ex eo facto colligi, eum quasi heredem gessisse, cum iuxta vulgare dictum, & verum, non probet, hoc esse, quod ab hoc contingit, ut absit. *L. neque natales*, *C. de prob.* Respondebimus id ita in proposito quoque admittendum fuisse, nisi præsumptio, & coniectura pœne explorata voluntatis contra heredem ista facientem in alteram partem se daret. Potest facere superiora alio animo, quam heredis: puta, ut in rebus alienis; sed hoc nullo iure. Hoc in coniectura voluntatis tenendum est; quoties potest quis iure potius suo re uti, quam nullo; si utatur, videri potius

12) Recte, licet vulgo inter filium suum, de quo *d. L.* 42. *§.* 2. & emancipatum, de quo *d. L.* 1. loquitur, distinguant. Goth. *in not. d. d. L.* 1.

tius suo iure fecisse, quam nullo. Usurpatum in *L. merito*, *D. pro soc.* coniectura ducta ex sensu hominum communi; quod nemo facile existimandus sit eam viam inire, qua se furti obliget, aut suscipiat existimationem hominis improbi, & eius, qui iniuria quid faciat. *d. L. merito*.

XVIII. Postremo quædam sunt, quæ heres facere potest in rebus hereditariis non solum cum effectu, sed etiam iure, quamvis heres non sit: veruntamen non potest suo nomine, quin sit heres. Veluti si tractet res hereditarias, ut tueatur; ut si agros colat, ædes reficiat, familiam alat, pascat pecora, & iomenta. Quæ quivis in rebus alienis facere utiliter potest, & iure, dum aliena negotia administrat. *L. 1. L. sive hereditaria, D. de neg. gest.* cuiusmodi est etiam, si æs alienum hereditarium exsolvat. Nam & solvere quisque pro debitore potest: ut eum etiam invitum, & ignorantem liberet. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sed hæc ita sunt, si quis ista faciat alieno nomine. Aliter, si faciat suo, ubi non possit suo nomine facere, nisi ut in rebus suis: nec possunt res eius esse, nisi prius heres extiterit. Quid ergo, si simpliciter ista fecerit, ut non appareat, cuius nomine? Et de his idem placet, quod de superioribus; ut si quid horum fecerit, videatur gessisse pro herede; & generaliter definiendum: quod heres suo nomine facere iure non potuit, nisi sit heres; id simpliciter facientem videri suo nomine fecisse quasi heredem, ac pro herede gessisse. *L. 2. C. de iur. del. d. L. pro herede, ver. servos, de acq. her.* At cur hoc modo potius, cum possit iure hæc eadem facere heres ut in alienis rebus: non sit autem necesse id accipi, quod constet aliter fieri posse? *d. L. neque C. de prob.* Capitur hic quoque coniectura ex affectu hominum communi: quo fit, ut, dum quis suo nomine facere quid potest, & alieno, sibi videlicet consulturus, aut alii existimetur sic affectus esse, ut sibi bene esse malit, quam alteri; eoque & suo nomine potius facere voluisse quam suo, idque ita significatur in *L. 4. D. de sol.* Quæ si ita sunt, iam commode, & certo una definitione hæc omnia complectemur; definiemusque hoc modo: quidquid heres in rebus hereditariis utiliter, vel suo iure, vel suo nomine facere non potuit, nisi sit heres: ut maxime facere potuerit inutiliter, aut nullo iure, aut alieno nomine, quamvis heres non esset, puta tanquam in rebus alienis: semper si faciat, hanc coiecturam capi in his omnibus, ut utiliter & suo iure, & suo nomine potius videatur fecisse, quam contra: ideoque in omnibus videri pro herede gessisse.

XIX. Quod de rebus hereditariis diximus: eadem animi significatio est in herede, si eadem facit in aliis, quam hereditariis, dum putat esse hereditarias. Ut puta; rem aliquam suam, aut sibi pignori obligatam ignorans, quia in hereditate invenit, putavit esse hereditariam; itaque in hoc errore pro hereditaria possedit, distraxit, aut ea usus est. Non quid suo iure facere possit, non hereditario, sed quid iure hereditario se facere existimet, spectamus: dum id gerit quasi heres. Placetque ideo & eum hoc modo pro herede gerere videri. *L. gerit*, *D. de acq. her.*

XX. Sed hoc totum meminerimus dictum esse in re dubia, & voluntate heredis obscura. Quod si constet aliquid ex iis, quæ supra scripta sunt, fecisse heredem non hoc animo, ut heres esset: redihimus ad regulam initio positam, facti quidem hæc esse, gerere pro herede: at non tam facti, quam animi. Ideoque animo remoto, eum, qui quid eorum fecerit, non intelligi pro herede gessisse.

XXI. Quatuor sunt autem, ex quibus cum antecesserint, deprehendatur non fuisse hunc animum in herede: quæ eadem & illi quominus videatur pro herede gerendo heres extitisse, defensionem afferant: amotio rei, quam attingit; venia rei attingendæ a magistratu impetrata; error heredis; & eius testatio.

XXII. [13] Amotio rei; si rem hereditariam, quam nunc tenet, aut quam distraxit, prius quasi surripiens, aut expilans subduxit. Hoc qui facit, pro herede non gerit, inquit Ulpianus. Nam admissum contrariam voluntatem declarat. *L. si quis extraneus, in pr. de acq. hered.* Recte contrariam. Contraria sunt enim fraudulenter re aliqua uti, ut sit in furto, *L. 1. in fin. D. de fur.* & re uti pro sua. Nam re sua utitur quisque suo iure. Et quoniam iure, non utique dolo: ut iuxta regulam iuris, nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. *L. nullus. D. de reg. iuris.*

13) Duar. *d. C.* 3. aliud esse in suo herede, qui amovendo sese immiscet, *L. 71. §. 3. & seqq. h.* Verum non ita est; sed obstringitur oneribus hereditariis, non ob immistionem, sed ob defectum alterius conditionis, sub qua conceditur abstentionis beneficium; vid. supr. *Cap. 2. N. 20.*

XXIII. Venia distrahendi, & gerendi res hereditarias, prout res exigit, impetrari solet a prætore, eum heres tempus ad deliberandum accipit; dum hoc cavetur, ne res tractu temporis deteriores fiant, aut pereant. *L. Aristo. D. de iur. delib.* Qui ex illo res curat, aut distrahit, re ita exigente, dum deliberat, recte placet, eum pro herede gerere non videri. *L. pro herede*, in pr. verf. *servos, de acq. hered.* Impetratio enim præcedens declarat eum non id facere velle ut in re fua. Alioqui id per se fuo iure, & fine venia faceret: cum fuperfluum fit precibus poftulare, quod iure publieo permiffum eft *L. unica. C. de thes. lib.* 10.

XXIV. Error heredis in re hereditaria eumdem animum detegit. Nam fi quis rem vere hereditariam poffidet, eaque utitur pro fua; fed errans, dum putat, alio iure fuam effe, quam hereditario; palam eft, eum non quafi heredem id facere, qui re, ut fua quidem, at non ut hereditaria, & quam fuam effe, ut hereditariam velit, utitur. *L. eum bonis, d. L. pro herede*, in pr. verf. *fervos, de acq. hered.*

XXV. Aperta [14] teftatio heredis de animo eius dubitare non finit, eum initio teftatur, fe quid eorum, quæ fupra diximus, non gerere hoc animo, ut velit heres effe, fed ut negotia hereditaria administret ut quivis extraneus. Ne delabantur, aut ut heredibus legitimis, vel fubftituto confulat. Hæc vero teftatio initio interpofita heredem adverfus fuperiora omnia tuetur, ne pro herede gerere videatur, & ita obligetur oneribus hereditariis. *L. & fi quis*, §. *plerique D. de rel. d. L. pro herede*, in fi. *pr. de acq. her.*

(14) Vid. Zoan. *Rer. quotid. C.* 43.

C A P. IX.

Aditionem hereditatis ita animi effe, ut regulariter nec fine animi deftinatione extraneis heredibus acquiratur hereditas; & contra in quibus animus eft hereditatis acquirendæ, per eos acquiratur, Utramque partem incidere in dubitationem propter certas perfonas. Priorem quidem propter furiofos, infantes, impuberes, in quibus nulla animi deftinatio eft, aut non certa. Pofteriorem autem propter eos, qui fub tutela, vel cura funt, item fervos, & filiosfamilias; quorum illi fe hereditati obligare per fefe; hi invitos obligare eos, quibus hereditas quæritur, non poffunt. Hinc de his ordine, quomodo his, & per eos, quorum opera, & quatenus hereditas acquiratur. Obiter demonftratum, nec per procuratorem, nec per curatorem hereditatem acquiri poffe.

Aditionem hereditatis ita animi effe, ut nec fine eius deftinatione ea acquiratur, & contra in quibus eft animus eius acquirendæ, per eos acquiratur. Horum utrumque in dubium venire propter quafdam perfonas, & quæ nam hæ fint, quidve iuris in fingulis. I.
Quid de pubere furiofo. II.
Quid de impubere. III.
De infante quid. IV.
Quid de fervo, & filio familias. VII.
Per procuratorem hereditatem acquiri nulli poffe. V.
Nec per curatorem adolefcenti, aut prodigo. VI.
Inter patris, dominique juffum, & auctoritatem tutoris, vel curatoris hoc intereffe, quod illud præcedere debet, hæc perfecto negotio interponitur. VIII.
Huic fententiæ de auctoritate tutoris interponenda perfecto negotio conciliatur altera: tutorem ftatim in ipfo negotio præfentem debere fieri auctorem. IX.

I. EX his apparet, quæcumque facta fuperiora funt, quibus pro herede geri folet in his omnibus folum animum fpectari, & valere ad acquirendam hereditatem: poftquam videmus, fi conftet, in his heredem non effe hoc animo, ut gerat quafi heres, ideft, ut velit heres effe; ne eum quidem pro herede gerere, aut heredem fieri. Et contra, ubi animus deeffe non probatur, fic eum fuperioribus factis

factis, & gerere pro herede, & heredem existere, ut tamen fiat heres, non quia quid eorum fecit, sed quia heres esse voluit: tantum autem factum adhibitum sit ut voluntas declararetur. Hæc eo pertinent, ut redeamus ad eam summam, quæ initio posita est, hereditatem extraneis heredibus animo, & eo solo acquiri, dum hoc animo sunt, ut velint esse heredes, seu hereditatem ad se pertinere, quæ delata est. Declarari quidem hunc animum varie, & ad summam duobus illis generibus, quæ exposuimus. Sed quocumque modo in his voluntas declaretur, nunquam hereditatem acquiri nisi animo; & cum animus intervenerit, acquiri animo solo. *d. §. ult. Inst. de her. qua. & dif.* In quo duo ad acquirendam hereditatem pertinentia statui apparet: nimirum & sine animo non acquiri heredi hereditatem: & cum erit animus hereditatis acquirendæ, hanc acquiri. Quorum utrumque cum propter quasdam personas in dubium veniat; de eo amplius dispiciendum est, ut ius efficiatur certum in utramque partem, & ratio acquirendæ hereditatis constituatur. Primum hoc statuimus, cum voluntate, & destinatione animi acquiratur hereditas; nisi quis hoc animo sit, ut velit heres esse, huic hereditatem non acquiri. De iis qui velle possunt, neque volunt, aut etiam ultro repudiant, nulla dubitatio. Quæsitum est de iis, qui aut natura velle non possunt, aut non certo iudicio, & destinatione. In quo numero sunt furiosus, infans, impubes. Furiosi nullam voluntatem esse constat. *L. furiosi, D. de reg. iur.* Infans nihil intelligit, eoque non multum distat a furioso. *§. pupillus, Institut. de inutil. stip.* De impubere non dissimiliter scribit Paulus in *L. pupillus, D. de acq. her.* huiusmodi ætatem neque scire, neque decernere posse, non magis quam furiosum. Quid ergo fiet, si hi aut heredes instituti erunt, aut ad legitimam hereditatem vocati? Et in omnibus retinetur ius superius ad hunc modum; ut in quibus nulla voluntas est, qualis est furiosus: hi delatam sibi hereditatem quærere non possint nec per se, nec per alium, nisi sint & iidem infantes. In quibus autem a natura est aliqua facultas voluntatis, hi sic acquirere hereditatem possint, quod eorum iudicio deest, auctoritate adhibita tutorum, vel curatorum suppleatur. Nisi quod & infanti hereditatem delatam placet, singulari, & constituto iure ei etiam per alios acquiri posse. *Tom. II.*

II. Ergo furiosus ad hereditatem ex testamento, aut ab intestato vocatus, quando [1] velle nihil potest, qui plane nihil intelligit, hereditatem sibi acquirere non potest. *L. furiosus. D. de acquir. her.* solum non posse constat. Sed hoc dicimus, nec posse adhibita tutoris, aut curatoris auctoritate. *L. in negotiis. D. de reg. iur.* quia prius est, ut quid ipse animo gerat, quam ut gestum tutor, vel curator comprobet, id est, auctor fiat. *L. 3. D. de auctor. tut.* Quid pater, aut tutor, curatorve furiosi, an non eius nomine hereditatem adire, & ei acquirere possunt? Sed ius superius prohibet cuiquam hereditatem non volenti acquiri. Prohibet & naturalis ratio acquiri hereditatem, ne invitus æri alieno obligetur. Arg. in *L. 6. in pr. de acq. her. L. solvendo. D. de neg. gest.* Et hoc ita, nisi furiosus sit infans. Quod enim hic tribuitur infanti non furioso, multo magis tribuendum est infanti, & furioso. Itaque quod de infante dicetur postea, & in furioso infante erit servandum. Puberis furiosi curator ex constitutione Iustiniani hereditatem furioso delatam admittere potest. Sed hactenus proficit agnitio, ut hereditas quamdiu furiosus vivit, per curatorem administretur, & si resipuerit furiosus, & admiserit hereditatem, ei restituatur. Sin aut in eodem furore decesserit, aut compos mentis factus hereditatem repudiet, nihil illi intelligatur quæsitum, sed hereditas ad eos revertatur, ad quos perventura erat, si furiosus non obstitisset. *L. ult. §. tali. C. de cur. fur.* Quod & in tutore furiosi impuberis, qui infantiam excesserit, admittendum est.

III. Impubes sanæ mentis, nec si maior sit infante, id est, si septem annos excesserit, solus hereditatem acquirere potest. *§. neque tamen, Inst. de auct. tut.* sive quod non potest obligari pupillus sine tutoris auctoritate, quam rationem & ante reddidimus; *L. obligari, D. de auct. tut.* Sive quod hereditas acquiritur animi destinatione, quæ destinatio in eam ætatem, ut dixi, non cadit. *d. L. pupillus, de acq. her.* At post impletos septem annos potest impubes & hereditatem adire, & pro herede gerere, & bonorum possessionem petere, vel consentiente patre, si in eius potestate sit; vel cum tutoris auctoritate, si sit sui iuris; vel si non habet tutorem, potest adire prætorem, & eius decreto hoc consequi. Hoc in *L. si infan-*

[1] *L. 47. in f. h. t.* nec sensum habet *L. 22. §. 7. sol. matr.* vid. Hot. 4. *Obser.* 6. P. Fab. *ad L. 5. de R. I. p. 42. & seq.* Quæ de furiosis iure disposita, quæque illis denegata scite congessit, Goth. *ad L. 13. §. 1. de off. præs.*

infanti, §. *ult. C. de iur. del.* De patris auctoritate quod hic dicitur, quam ei non adversetur. *L. ult.* §. 1. *D. de verb. obl.* ibi ostendi. 2 Tutoris auctoritas sic ad acquirendam pupillo hereditatem valet, ut nihil intersit, quis tutor auctor factus sit, isne, qui tutelam gerit, an vero honorarius, qui non gerit. *L. potuit, C. de iur. del. L. pupillum. D. de acq. her.* Quod adiicitur de hereditate pupillo acquirenda ex decreto prætoris, explicatur pluribus in *L. bonorum, C. qui admit. ad bo. pos.* Horum omnium auctoritate interveniente, non mirum, si hereditas pupillo acquiritur. Etsi enim ex iure superiore non acquiritur hereditas nisi certa voluntate: hæc autem voluntas in pupillo non est; auctoritas tamen superiorum accedens facit, ne ius superius videatur offendi. Quod enim iudicio impuberis deest, istorum auctoritate suppletur; idque ita benigne, & utilitatis caussa accipitur, ut Paulus scribit in *L. quamvis*, §. *ult. D. de acq. poss.* Cui congruit, quod idem ait hanc acquisitionem favorabiliter pupillo præstari, in *d. L. pupillus, D. de acq. her.* Quid pater, aut tutor, soli non possunt pupillo ignoranti hereditatem acquirere? Non possunt. Ipsius, cui acquiritur, actus, & voluntas est necessaria, ut est in *L. potuit, C. de iur. del.* Idque ex eodem illo iure efficitur, quo placeat, nulli hereditatem nisi voluntate acquiri.

IV. De 3 infante, idest, minore septem annis

2) Obst. *L. 4. de auct. tut.* Duar. *h. t. C.* 4. Respondeo, in *d. L. 49. h. t.* referri tantum opinionem, quæ in *d. L.* 4. reprobetur. Responsio hæc non solvit, sed astruit antinomiam. Azo ref. Goth. *in not. d. L.* 4. vult in *d. L.* 4. interdictam fuisse a prætore administrationem tutori honorario; & ita etiam Pac. 5. Q. 79. distinguit inter tutorem, qui gerere possit *d. L.* 49. & qui prohibetur *d. L.* 4. Sed durum hoc, ac verbis LL. vix conveniens, redditurque sic species *d. L.* 4. omni dubio carens. Goth. *d. loco* post Cuiac. 4. *ad Afric. ad d. L.* 49. diversam esse rationem traditionis *d. L.* 4. quæ facti potius est, quam animi, & aditionis *d. L.* 49. quæ animi potius, quam facti. Tricæ hæ rem impediunt magis quam expediunt, Non traditio tantum nulla in *d. L.* 4. sed & venditio, quæ non minus animi est. Forte hæc verior ratio quia in *d. L.* 4. agitur de deminuendo, in *d. L. 49. h. t.* de acquirendo. Et non ideo administrat consensum aditioni præbens, sed hereditas acquisita alterius contutoris administrationi subiicitur.

3) Definitio infantis tradita in *d. L.* 18. *&* §. 4. Et consentiunt *L.* 1. §. 2. *de admin. tut.* ubi, qui supra septimum annum ætatis, opponuntur iis, qui fari non possunt, & *L.* 14. *de Sponsal.* Cuiac. *de Præscr. Cap.* 25. Vult. 1. *Iurispr.* 4. *n.* 24. Menoch 2. *de Arbit. Ca.* 57. *n.* 9. *&* 17. Neque hanc descriptionem quisquam antehac unquam, opinor, in contentionem vocavit. Quam tamen primus A. Fab. 1. *Iurispr.* 12 *Princ.* 6. *illat.* 8. *pag.* 813. *& seq.* subvertere incassum laborat. Is scribit, infantem esse qui fari non potest, seu loquelæ impos adhuc, sive septem annis minor sit, sive maior. Et quando in LL. habetur, eum, qui fari potest, hereditatem adire posse, *L. 9. h. t.* & similia, id intelligendum esse, etsi sex, vel quinque annis minor sit, modo sermone articulato utatur. Infantem Iurisprudentiæ veteri dictum fuisse, qui loqui nondum potuerit, non qui septennio minor, aperte liquere ex *L.* 3. *Cod. Qui admitti ad bon. poss.* Nullius honestatis rationem hic exigere infantiæ, æque uti pubertati, certos annos statui, sed hoc ea reipsa, sine ullo incommodo, æstimari posse. Primum (o miserum) Tribonianum invita iurisprudentia hanc definitionem invexisse in constitutione Theodosii *d. L. 18. C. de I. delib.* Ab eodem responsa prudentum in *d. L.* 1. §. 2. *& d. L.* 14. depravata esse. Sed nimio innovandi, insectandique miserum, & sæpius innocentem Tribonianum (qui plus hodie a malleo Fabri, quam quondam Priscianus a manibus barbarorum, vapulat) præceps agitur; vir alias acutissimus, & bene de legitima scientia meritus. Qui tamen melius mereri posset, si omne studium quod magnam partem ad impugnandum ius Iustinian. confert, ad tuendum, & honorem eius asserendum ei conferre liberet. Videtur sane Fabri opinio origini vocis inniti. Fatetur, verba sunt Varronis *Lib. 5. de Ling. Lat. f. m.* 1145. qui primum homo significabilem ore emittit vocem. Ab eo, antequam ita faciunt pueri, dicuntur infantes, cum id faciunt iam fari. Creberrime autem nostri ita circumscribunt infantes, qui fari non possunt, vel eos illis, qui fari possunt opponunt *d. L.* 1. §. 2. *de admin. tut. d. L.* 9. *h. t. L.* 70. *de V. Obl.* 6. *Rem. pup. sal. fol.* 5. *de R. I. L* 26. *C. de donat.* Sed si hunc primævum verbi usum sectaris, non iam fere sexennes, ceu ponit Faber, aut quinquennes, sed anniculi, ac biennes plerique, quos dimidiata verba (ut loquitur Arnob. *Lib.* 8.) tentare quotidie audimus, infantes non erunt, deque iis solis LL. quæ affectum, sensum, consilium infantibus esse negant, accipiendæ. Contra autem mutus erit perpetuo infans, quod nec iuris, nec loquendi usus admittit. Quod si eum, infantem esse contendit Faber, qui pleno, & perfecto sermonis usu destituitur, & iam fundamento illo suo a vocis etymo sumpto, deficietur: & ea ratione adhuc mutos infantibus accensebit, eosque ut & omnes, qui voces articulate efferre nequeunt, quique vel *ἄναφοι* vel *ἄφωνοι*, ut est in *L. 9. de edil. ed.* loquuntur, licet vel maiorennes sint, affectum, consensum, consilium habere negabit, pœnisque delictorum eos solvet, & eximet. Fari igitur cum dicunt nostri eum, quem infanti opponunt, non quemvis opinor sermonem, etiam inconditum, & incompositum, intelligunt: nec etiam omnes voces, ac literas perfecte exprimi exigunt, quasi blæsos, & balbos excludant, pluresque, qui literam R loqui nesciunt. Sed fari ille dicitur, qui voces ita effert, ut aliquo modo sciat quid loquatur, aliquemque intellectum sui sermonis habeat per §. 10. *I. de inutil. stip.* quod ea certis ætatis annis, quibus ut plurimum usus intellectus sese exserit, diiudicari commodissimum. Et sane licet ea Varronis *supr. d. lo.* constet quoad primævum usum, & ortum, minus fuisse fari quam loqui, deprehendisse tamen mihi videor usum insequentem quem penes loquendi norma est, id immutasse, ut vocis *fari*, significatio, apud probatos auctores, propius ad usum verbi *dicere* accedat *Virg. L.* 11. *Aen.*

Postquam introgressi: & coram data copia fandi,

Venulo scilicet apud Diomedem, ubi non intelligitur loquendi, sed dicendi, legationis caussas, & quæ in mandatis a domino suo habebat, exponendi potestas. Et paulo post ibidem;

Et Venulus dicto parens ita farier infit:

id est orationem exorditur, qua gesta legationis, quam obierat, refert. Et alias passim effari, affari, & similia apud Virgil. non dispari sensu reperire est. Huc facit locus *Tullii* 3. *de Orat. Modo hoc constet neque infantiam eius, qui rem noverit, sed eam explicare dicendo non queat*, &c. Ecce hic *infantiam* intelligit Cicero dicendi, non loquendi inopiam. Sicuti & Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* 1. *in fin. & Epist.* 14. Quod ipsum & derivata confirmant. A *loqui* dicitur loquax, a *fari* facundus, Varro. *d. lo.* Facundus autem dicitur disertus, qui ea, quæ mente concepit, ad audientes, facile, atque ornate perfert Nicol. Perott. *Cornucop. in* 1. Martial. *Epigr. f. m.* 43. Hinc & *fatuus*, quasi fari nesciens, Perot. *d. lo. f.* 39. ubi certe fari plus est quam loqui, & Fatum quasi deorum certo, deliberato, & immutabili consilio effatum. Satis igitur ostensum, opinor, nec vocis usum, ortumve Fabro suffragari, & convenienter vocis *fari* significationi dici infantem, qui licet verba proloqui possit, non tamen ea mente vere prius concepit, magisque ea ore prompta, quam animo recondita habet. Videamus quam sit iuris rationi conveniens certam hic ætatem præfiniri. Præmittam tamen pauca

annis, cui hereditas testamento relicta sit, vel ab intestato delata, novum ius, & singulare constitutum est a Theodosio in 4 *L. si infanti, C. de iur. deliber.* Novum cum in acquirenda infanti hereditate, tum in transmittenda. In acquirenda, primum, quod contra ius superius de hereditate voluntariis heredibus acquirenda constituit, ne sit necesse in eo requirere actum infantis, si modo ii adeant, per quos vult hereditatem ei acquiri posse: cum prius ita receptum esset, ut quisquis auctor fieret infanti, saltem infans pro herede gereret illo auctore. *L. servo, §. si pupillo, D. ad Trebell.* Deinde quod aliis dedit adeundi, & acquirendi potestatem, quam patri, qui infantem in potestate haberet. Sic enim hac parte constituit, ut parenti masculo, qui infanti proximus gradu esset, liceret nomine infantis adire hereditatem, aut bonorum possessionem petere, ac quisquis id fecisset, hereditas ipsa acquireretur pleno iure infanti; quae, deinde infante mortuo ad heredes eius omnes transmitteretur: nec referret, utrum infans in eius parentis potestate esset, an non esset. Parente autem nullo exstante, ut liceret tutori idem facere. Quo facto similiter hereditas pleno iure acquireretur infanti, unde & ipsa, eo mortuo, ad heredes infantis transferretur. Aliter atque in hereditate furioso delata fieri diximus, cum per curatorem furiosi nomine adita est. In transmittenda autem ea hereditate hoc novum, quod in parente constituit, ut si is neglexerit infantis nomine adire, & infans intra infantiam decesserit, nihilominus transferatur hereditas non ad quosvis infantis heredes, sed tamen saltem ad parentem, cui potestatem facit eam hereditatem iure patrio quasi iam ante infanti quaesitam capiendi.

V. His personis exceptis, ius superius confirmatur, nulli extraneo heredi, nisi voluntate eius, hereditatem acquiri. Immo vero

pauca de aliis huius verbi infantis significatibus. Interdum infans usurpatur qui in utero est, ut Lucae 1. *vers.* 41. & in *L.* 8. *C. ad L. C. de sicar.* (ex vulgari expositione probata Cuiac. 6. *Obs.* 21. a qua sine caussa satis firma, recedit Raev. 3. *Conject.* 1.) de quo infante latissime Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. gl. susceperit liberos n.* 144 *& seqq.* Aliquando significat eum, qui recens luci expositus & (ut loquitur *L.* 3. *C. de post. her. inst.*) in terram cecidit (qui & sanguinolentus, vid. not. *sup. Lib.* 2. *Cap.* 25. *N.* 8.) ut in *L.* 15. *de sta. hom. L.* 19. §. 7. *locati Rubr. & L.* 3. *C. de infant. expos.* Aliquando filium, filiamve cuiuscunque aetatis, ut in *L.* 41. §. *ult. de leg.* 3. ut hoc posterius recte observavit Gilb. *Reg.* 2. *Enant. ult.* quomodo & quivis filii pueri dicuntur, & pueri nobilissimi designati imperii successores: atque hinc, Infantes Hispaniarum; vid. Alb. Gentil. *Lect. Virgil. C.* 9. Aliquando & ad animalia trahitur hoc verbum, Plin. *Lib.* 10. *C.* 73. *in f.* Cervos, & apros, si cicurentur, non concipere, nisi ab *infantia* educatos; immo & ad res inanimes. Idem *Lib.* 22. *C.* 22. Nec tunicae minor gratia in cibo *infantis* boleti, id est parvi, & nondum adulti. Quo sensu refert Budae. *Lib.* 1. *de Asse pag.* 32. Columella *Lib.* 4. infantiam vinearum scripsit. Crebriori autem usu infantis aetatem significat septenni minoris: cui scilicet non linguae, sed mentis, & intellectus usus nondum obtigit, qui, utut verba efferat, quae auribus percipi possunt, non tamen ea, quae mente vere concepit effatur. Unde infantia vocatur prima aetas *L. ult.* §. 3. *C. de bon. qua lib.* (quam omnino noli accipere cum Goth. *in d. L. ult.* §. 1. de aetate cuiusvis impuberis, ut opponatur aetati puberis minoris. Nam traditur in *d.* §. 3. in prima aetate consensum filii in acquirenda hereditate ipsi delata, non adhibendum, qui utique adhibendus si infante sit maior *L.* 5. *C. de I. delib.*) & dicitur infantiae imbecillitas in *L.* 1. *C. si secundo nupt. mul.* quae certe non ex loquendi impotentia, sed ex teneritudine aetatis. Quid multis. Annos hos infantiae ipsi IC. statuunt *d. L.* 1. §. 2. *de admin. tut. L.* 14. *de spons.* Tribonianus, obstrepit Faber, hos locos corrupit, quod vel inde patet, quia verba adiecta *d. L.* 14. *si modo non sint, &c.* pugnant cum ipsis ICti verbis anterioribus. Sed his quae *d. L.* 14. obiicit Faber alio, & suo loco a nobis occurretur. Nunc hoc saltem quaero, Fabrum, cuius rei gratia permotum, quave lucri aviditate (cuius fere Tribonianus quo iure, quave iniuria non disputo, insimulari solet) pellectum eos locos pervertisse autumet. Primus autem Tribonianus infantiam annis definit: Faciet ne Faber Hippocratem Triboniano posteriorem, vel dicet illum, aliarum rerum etiam curiosum, locum quoque Hippocratis corrupisse, qui infantiam inter aetates recensuit, eamque ad septimum usque annum protendi scripsit, teste Menoch. 2. *de Arb. Cap.* 57. *n.* 1. quique *Lib.* περὶ ἀρχῶν a septimo usque ad 14. annum hominem conspicuum reddi scripsit; & Varronem, qui aetatem divisit in infantiam, pueritiam, adolescentiam, iuventam, senectam. Nic. Perott. *Cornucop. in* 3. *Martial. Epigr. f. m.* 416. Ioan. Stobae. *de Brevi vita Serm.* 96. Infans, inquit, vitam a lacrymis auspicatur. Antequam loqui possit, quanta patitur, flens scilicet & hanc solam habens anxietatis querelam. Ubi septimum deinde annum expleverit, multosque labores passus fuerit, custodes, gymnastae, magistri ei praeficiuntur. Haec Stobaeus aperte infantem ei, qui septimum annum complevit, opponens. Ac medicos hominis vitam ex septenario iudicare testatur. Andr. Laurent. *Lib.* 8. *Inst. anatom. Q.* 31. Macrob. *Lib.* 1. *in Somn. Scip. C.* 6. *p. m.* 56. Eodem anno, inquit, id est septimo plene absolvitur integritas loquendi. Auson. denique *Edyl.* 12. pueritiam initi, itaque infantiam finiri septimo anno comprobat hoc versu:

Indicat in pueris septennia *prima novus dens.*

Et sane infantiam ex annis in iure aestimari, ex attributis illius cognoscetor. Infantis nullus sensus esse dicitur *L.* 32. §. *ultim. de acq. poss.* nec affectum rei habet, *L.* 26. *C. de donat.* Unde adiungitur & comparatur furioso *L.* 5. §. 2. *ad L. Aq. L.* 60. *de R. V. L.* 7. *C. ad Trebell. L.* 2. *C. de anonal. except.* §. 10. *Inst. de inutil. stip.* a poena excusatur innocentia consilii, nec tenetur homicidii, *L.* 8. *ad L. Cornel. de sicar.* aut ex aliis delictis *d. L.* 60. *de R. V. d. L.* 5. §. 2. *ad L. Aqu.* nec ingratus esse potest *L.* 33. §. 1. *C. de inoff. test.* Quae quis non videt eiusmodi esse, ut non in sermonis, sed mentis impotentia, quae ipsa sit ab aetatis imperfectione, caussam habeant. Quis ea trahet etiam ad octennem, decennem, maioremve, si ei, quod quandoque usu venire videmus, usum perfectae loquutionis ad id tempus natura negaverit? Quis contra eadem in trienne forte, cui linguae impedimentum citius solutum sit, locum non invenire asseret? Istene ingrati crimen committere, homicidii obstringi, &c. poterit? Accedit quod non posset dici aliquis infantiae proximior, §. 10. *I. de inutil. stip.* si eius nulli certi anni. Non equidem infiteor, quod uti loquela aliis citius, aliis serius obtingit, ita & usus intellectus in aliis maturius sese exerat, quo sensu quaedam retulit supr. *in not. Lib.* 3. *Cap.* 14. *N.* 1. hoc tamen dico, expedire, certos annos infantiae statui, non minus, quam adolescentiae, licet pro varietate ingeniorum, aetatem saepe malitia, vel prudentia supplente *L.* 3. *C. Si min. se mai.* plus aliquando aliquis 18. quam alius 26. anno aetatis sapiat. Sed haec fere nimia hac de re, ubi praeter institutum fui verbosior. Sed dabit, spero, veniam lector affectui in ius Iustinianum tenero, cui hic nonnihil indulsi.

4) Quinque singularia introducta esse in *d. L.* 18. monstrat Duaren. *h. t. C.* 5. *fol.* 453. *& seq.* vid. & P. Fab. *ad L.* 5. *de Reg. Iur.* & Tessaur. *Decis.* 88. ubi disputat, an haec dispositio ad matrem extendenda sit.

vero etiam in aliis omnibus, præter infantem, confirmatur, dum placet eorum actum, & voluntatem in hereditate acquirenda intervenire debere, etsi eorum voluntas alterius auctoritate adiuvatur. Ex quo efficitur id, de quo sæpe quæsitum est, cum ab infante discesseris, nulli extraneo hereditatem ipsi delatam per procuratorem, aut curatorem, atque adeo per tutorem ipsum acquiri posse. Per procuratorem quidem nulli acquiri potest. Non quod contendam retineri debere [5] lectionem vulgarem in *L. per curatorem. D. de acquir. hered.* ubi legitur, *per procuratorem hereditatem acquiri non posse:* sed quia ratione certa id conficitur. Aut enim mandat heres procuratori nominatim, ut suo nomine adeat, vel pro herede gerat: aut, herede ignorante, adit procurator, vel pro herede gerit heredis nomine. Si mandat heres, per se acquirit hereditatem, non per procuratorem. Sic enim statim heres efficitur suo facto, & sua ipsius voluntate, ut non sit exspectandum aliud factum procuratoris. Nam hoc qui mandat, statim declarat, se velle hereditatem ad se pertinere: statim animo agnoscit successionem. Hac declaratione atque hoc animo unusquisque statim heres efficitur. *§. ultim. Institut. de hered. qualit. & differen. L. gerit. D. de acquir. hered.* si procurator, ignorante herede, adit hereditatem eius nomine: hereditatem ignoranti quærere non potuit: quoniam volenti solum acquiritur: ignorans autem velle non potuit. Huc accedit, quod procurator invitum, aut ignorantem heredem æri alieno obligare non potest. Arg. in *L. 6. in pr. D. de acq. her.* Quod si postquam procurator adivit nomine heredis, heres ratam habet; fit quidem ipse heres sua voluntate, ut ius publicum est; sed per se, quia efficitur tunc primum suo facto, & sua voluntate, ultra quam ad acquirendam hereditatem nihil requiritur: non efficitur per procuratorem, qui ante nec quæsivit eam, nec ad eam acquirendam quidquam contulit. Nam etsi quievisset, & nunc monitus heres hereditatem sibi delatam, vellet heres esse, tantundem consequeretur.

VI. Sed nec per curatorem adolescenti, aut prodigo hereditas acquiri potest, ut recte legitur in Pandectis Florentinis in *L. per curatorem. D. de acquir. hered.* Nam nec [6] per tutorem acquiri potest pupillo non infanti. Sive enim tutor, aut curator soli adeunt, non acquirunt pupillo, aut adolescenti hereditatem. *L. potuit, C. de iur. deliber.* Usque adeo, ut nec ex constitutione nova Iustiniani per curatorem furiosi hereditas acquiri possit furioso. *L. ult. §. tali. C. de cur. fur.* Sive minor, aut prodigus auctoritate curatoris, aut pupillus auctoritate tutoris hereditatem adeunt: ne sic quidem dici potest, istis per curatorem, aut tutorem hereditatem acquiri, etsi re vera his acquiritur. Acquirunt enim ipsi per se, quia suo facto, & sua voluntate, etsi ad comprobationem accedit curatoris, aut tutoris auctoritas. Nam & servo, aut filiofamilias hereditatem sibi delatam adeunti adhibetur ad rectam aditionem voluntas, & consensus domini, & patris. Per servum tamen, & filiumfamilias hoc modo here-

5) Quam probat Cont. 2. *Subsec. lect.* 17. sicque legi refert in vetustis membranis, & in notulis ad eas adscripta esse hæc verba; *quia in sola voluntate consistit, & ita mandando statim adire videtur, sicut iubendo.* Quam rationem probat Contius alias addens, ut secundam rationem mandari solent quæ negocium aliquod continent; Aditio autem nuda animi destinatione expeditur, nec negocium continet *L. 6. C. de i. delib.* 3 Ea natura est hereditatis, ut in in quo semel, vel momento hæsit, in eo relinquat ius directum. Quare Procurator seipsum faceret heredem. 4. Non alius adire potest, quam cui delata est. 5. Nec per servum, ac filium acquiritur domino vel patri, nisi servo vel filio delata sit, nec pater sibi delatam per filium acquirit. (quod & tradit P. Fab. 2. *Semestr.* 22.) 6. Nihil per Procuratorem acquiritur excepta possessione, & per eam domino; vid. *infr. Lib. 9. C. 7.* Singulare ius hic est in Procuratore Cæsaris *L. 1. in fi. de off. proc. Cæs.* Aliud ergo iure communi: Hæ sunt rationes Contii, & probæ, quarum postrema moventur & Cuiac. 1. *Obs.* 34. & Hot. *ill. Q.* 34. & 2. *Amic.* 34. qui & movetur, quod omnes legis actiones præsentiam requirunt, nec alieno nomine fieri possunt *L. 123. de R. I.* Et hinc olim Senatores Romani in Provinciis heredes instituti impetrare solebant liberam legationem, hereditatis adeundæ caussa, de qua in *C. 14. de Legat.* Cuiac. 9. *Obs.* 29. Hot. 9. *Obs.* 4. A. Gent. *Lib.* 1. *de Legat. C.* 8. quam tunc necessariam fuisse puto, quando testamento cernere hereditatem iussi erant, per ea, quæ *Cap. praed.* Contra Duar. *h. t. C.* 41. *cir. fi.* & 2. *Disp.* 27. non posse regulariter adiri per Procuratorem generalem; atque in eo quid præcipuum habere Procuratorem Cæsaris *d. L. 1. in fi.* quod etsi generalis sit, hereditatem suo domino, Imperatori, acquirat; posse per specialem, adeundi caussa constitutum. Tum enim constituentem non cogitare de hereditate statim acquirenda, sed medio tempore quasi deliberare velle: & sequitur Fachin. 6. *Contr.* 96. Sed hæc debilia sunt. Ræv. *de Auct. prud. C.* 15. utramque sententiam veram esse diversa ratione. Non posse per Procuratorem acquiri sine fiducia; posse interposita fiducia. Licet enim alieno nomine lege agi non liceat, mancipatione tamen fiduciaria posse. Ut si Romæ vendam fundum, in municipio longinquo situm, non erit necesse eo excurrere, si fundum procuratori mancipo, adiecta fiduciæ clausula, ut is remancipet. Sic & hic, inquit Ræv. Si hereditas adeunda in provincia do eam mancipio procuratori, sub remancipationis clausula, ut eam in provincia suo nomine (& sic non offenditur *L. 123. de R. I.*) adeat, aditam mihi remancipet, ita Ræv. Quæ si vera essent iuxta ius vetus, eorum tamen hodie, sublato mancipationis usu, usus nullus. Sed vera non sunt nec iure veteri. Quomodo enim potest, mancipio dari hereditas, quæ nondum acquisita; nam si quæsita esset, quid istis ambagibus opus? Et ea ratione fraus fieret solemnibus legis. Obsistunt denique omnes rationes Contii antea relatæ. Aliter differit nove Marc. Lyclama *Lib. 3. Membr. ecloga* 18.

6) Ita & Cuiac. 1. *Obs.* 34. utramque lectionem, & Florentinam & vulgatam probans, & P. Fab. 2. *Semestr.* 22. Florentinam præferens & Briss. *Lib. 2. de Solut. pag.* 351.

hereditas acquiri dicitur, non per dominum aut patrem. *L. placet*, *D. de acq. her.* *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.*

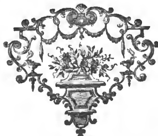
VII. Sed ut heredi extraneo, cui sit delata hereditas, & qui sciat sibi delatam, ea nisi animo non acquiritur; ita alterum statuimus, ut quisque, qui eodem iure sit, animo velit heres esse, qui quidem velle potest, hunc animo solo, & sola voluntate, quæ aliquo modo testata sit, hereditatem acquirere. Quod & verum est, & perpetuum. Sed meminerimus, sic accipiendum esse, dum nihil interveniat extrinsecus, quod impediat acquisitionem, quod supra Cap. VI. huius Libri diximus, si is sit heres, qui obligare non possit eum, qui quæsiturus est hereditatem. Onus enim æris alieni hereditati adiunctum esse. *L. more*, *D. de acq. her.* *L. ult. C. de her. act.* ita fieri, ut si quis hoc onus subire non potest, non possit hereditatem acquirere. Huiusmodi heredum duo genera esse diximus: eos qui sibi acquirentes sub tutela, vel cura sunt: quo in numero sunt pupilli, adolescentes, prodigi (nam de furiosis, quorum nulla voluntas est, hic non agimus) item eos, qui alterius potestati subiecti ei acquirunt: cuius generis servi, & filiifamilias. Quomodo igitur hereditas his delata acquiretur? Non utique aliter, quam per eos. Nam & pupillo delata hereditate, ipsius actum, & voluntatem necessariam esse diximus. *L. potuit*, *C. de iur. deliber.* quod multo citius in puberibus dicendum est, in quibus plus iudicii est, & voluntas certior. Servi adeo ipsi heredes ab extraneo instituti in ea caussa sunt, ut adire hereditatem debeant: ac nisi adierint, ea dominis non acquiritur. Possunt autem quamvis a domino iussi nolle adire. *L.* 3. *C. de hered. instit.* Sed cum superiores non possint soli acquirere, aliorum voluntate adiuncta, per quos adversus metum obligationis prospectum esse potest, recte adibunt, & acquirent. Qui sub tutela, vel cura sunt, auctoritate eorum, a quibus reguntur: pupilli quidem tutore auctore, etiam si tutelam non gerat. *L. pupillum*, *D. de acquir. hered.* aut si tutorem non habent, auctoritate, & decreto magistratus. *L. si infanti*, *in fin. C. de iur. deliber.* *L. bonorum*. *Et qui adm. ad bon. possess. poss.* de quo ante diximus. Adolescentes autem, & 7) prodigi adhibita curatoris auctoritate. *L. cum quædam*, *C. de administ. tut.* Quod tamen de adolescentibus iis dictum accipi volumus, qui curatorem habent: nam qui non habent, per se contrahere, & obligari possunt: ideo & hereditatem acquirere. *L.* 3. *C. de in integ. restitut.* Qui autem in aliena potestate sunt servi aut filiifamilias, iussu eius adibunt, cuius sunt in potestate, cui eidem quæsituri sint, hereditatem. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* Sic enim fiet, ne invitum dominum, aut patrem obligent, cum illis volentibus adierint. Quæ caussa fuit huius iussus exigendi. *d. L. 6. in pr. D. de acq. her.*

VIII. Quo loco notandum est, inter hunc iussum, & auctoritatem tutoris, vel curatoris, quæ ad adquirendam hereditatem necessaria esse volumus, hoc interesse; quod iussus eius, qui in potestate habet, præcedere debet; auctoritas autem perfecto negotio interponitur: tot enim verbis traditur hæc differentia in *L. si quis mihi*, §. *iussum*, *D. de acq. here.* Nec quisquam, quia de tutoris auctoritate alibi contra scriptum videtur, hanc differentiam repudiet. Nam & per se vera est, & si quis differentiæ rationem quærit, hanc ipsa natura rerum, quæ his verbis significantur, suppeditat, quam & ipsam exigit. Iubemus enim futura, ut fiant. Auctores autem sumus præteritis, & iis quæ facta sunt: si quidem auctorem fieri, est probare id, quod agitur. *L.* 3. *D. de auct. tut.* probari autem nisi quod ante factum est, non potest.

IX. Sed de auctoritate tutoris contrarium scriptum videtur in *L. obligari*, §. *tutor*, *D. de auct. tut.* & §. *tutor*, *Instit. eod.* ubi hæc verba sunt: *tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri. Post tempus vero, aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit.* Contraria sunt aliquid fieri debere in ipso negotio, & fieri, debere, aut posse post negotium. Sicque opponuntur ista aperte in *L. pacisci D. de pact.* At post negotium perfectum auctoritatem interponi, & interponi negotio perfecto idem valent. Contraria ergo hæc sunt, tutorem aucto-rem

7) Immo prodigus solus, & per se adire potest *L.* 5. §. 1. *h. t.* Hot. 4. *Obs.* 6. Henr. a Suerin. *Rep. lect. C.* 41. etsi hereditas damnosa, ut vult A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Pr.* 3. Nihil enim ex bonis deminuit, sed acquirit. Quod autem obligatur æri alieno, evenit per consequentias. Ergo non spectatur; alias nullo casu posset, quia nequit sub conditione si hereditas solvendo *L.* 51. §. *ult. h. t.* quia aditio est actus legitimus. Vid. *not. sup. N.* 3. Deinde nec prodigus ita stultus est, ut suspectam hereditatem facile adeat. Neque enim res perdit, ut genio indulgeat &c. Quær. An & repudiare possit? Affirmat & hoc Faber. *d. loc.* 1. per *L.* 18. *h. t.* 2. quia ad repudiandum nullus sumptus requiritur, nulla voluptas, quæ allicere possit, ut repudiet. Neque hic mores eius suspecti; sed tantum quoad administrationem eam, qua prodigalitatis materia augeri potest. Ita Faber & recte.

rem fieri perfecto negotio, & eumdem auctorem fieri debere in ipso negotio. Et hoc fatendum est. Sed non ideo loci superiores contrarii. Nam ut quod de hoc loco attigi supra brevius Lib. III. Cap. XIII. id nunc, ubi res postulat, paulo pluribus explicem. In illis verbis, tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, ambigua oratio est; hæc enim verba, in ipso negotio, iungi possunt cum verbo fieri; ut sit sensus is, quem modo diximus, tutorem debere auctorem fieri in ipso negotio. Possunt etiam iungi cum verbo præsens, ut sit sententia; tutor statim auctor fieri debet præsens in ipso negotio; ut duo hic exigi intelligantur; scilicet ut statim auctor fiat, & præsens sit, cum negotium geritur. Prior sententia vitiosa est. Primum, quia pugnat cum *d. L. si quis mihi*, §. *iussum*, *de acq. her.* deinde quia per se falsa est, & naturæ rei, quæ auctoritatis verbo hic significatur, aperte repugnans, ut ante ostendi. Posterior sine vitio. Primum, quia vera citra controversiam. *L.* 1. §. *ult. de auct. tut.* quod & sequentia *d. L. obligari*. §. *tutor* ostendunt; ubi subiicitur, per epistolam interpositam auctoritatem nihil agere. Deinde, quia consentiens cum *d. L. si quis mihi*, §. *iussum*, *de acq. hered.* Hanc igitur sumi oportet, priore illa repudiata, sicut præcipitur, in ambigua voce legis eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de legi.* Idque eo magis in proposito faciendum, quod sequentia eiusdem §. *tutor*. eamdem sententiam exprimere, & velut enucleare videntur. Ut enim in propositione duo exiguntur a testatore: ut statim auctor fiat, & ut præsens; ita quid his verbis intelligat Caius, per contrarium sequentibus verbis ostendit, cum ait: *post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit*. Post tempus opponit ei, quod dixerat statim: per epistolam autem ei, quod dixerat præsens: ut iam verbo præsentis dubitare non possimus, quin intelligat eum, qui in ipso negotio præsens esse debuerit, non autem per epistolam, aut nuntium auctoritatem interponere.



CAP.

C A P. X.

Quæsitæ hereditatis quis effectus: & de commodis hereditariis, quæ quæsita hereditate heredi adiiciuntur.

Acquisitæ hereditatis effectus duplex. I.
Ut repudiari amplius uequeat. II.
Ut quæcunque sunt hereditatis, ea ad heredem transeant. III.
Constare omnem hereditatem commodis, atque incommodis. IV.
Commodorum genera tria. V.
Omnia, quæ defuncti fuerunt, iura scilicet, non quæ facti sunt, ut possessio, ad heredem transferri. VI.
Eorum quatuor genera. VII.
Dominium. VIII.
Ius iu rem. IX.
Actiones in personam. X.
Exceptiones. XI.
Excipiuntur ex universo iure defuncti genera duo, quæ uon transeunt ad heredem. XII.
Ius personale, vel in facto personæ consistens, vel certæ personæ tributum. XIII.
Item exceptiones eæ, quæ parenti, marito, ac similibus personis ob pietatem, & reverentiam tribuuntur, & ex actionibus, actio injuriarum, & si qua est similis. XIV.
Iu cætera iura defuncti heredes succedere: solus, si unus est heres; sin plures, omues: & quatenus; in solidum ne singuli, an pro parte; & si pro parte, quæ nam hic divisio fiat. XV. XVI. XVII. XVIII. XIX. XX.
Commodorum, quæ hereditati uondum additæ acquiruntur species quinque. XXI.
Alluvio, & accessio. XXII.
Fœtus, & fructus ex rebus hereditariis. XXIII.
Usucapio a defuncto cœpta, post mortem impleta. XXIV.
Negociorum gestorum actio, si quis negotia hereditaria gesserit. XXV.
Per servos hereditarios quæsita, exceptis quibusdam. XXVI.
Hæc intermedia commoda ideo acquiruntur, quia quandocunque adeat hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligatur. XXVII.
Hanc regulam in quibusdam rebus uon valere. XXVIII.
Commodum, quod hereditati iam quæsitæ accedit, ius accrescendi. XXIX.

I. ATque hi modi sunt, quibus delata iure civili, & directo hereditas acquiritur cum necessariis, tum extraneis, sive voluntariis heredibus. Qua quæsita, deinceps de ipsa acquisitione, qualis sit, quid efficiat, quid heredi secum ferat, cognoscendum. Et acquisitionis huius effectus duplex est: unus, qui spectatur in persona heredis: alter, qui in re quæsita.

II. Prior hic, ut ipsa acquisitione heres hereditatis in posterum repudiandæ potestatem, quam prius habuit, [1] amittat. Quæsitam successionem, aiunt Imperatores, renuntiando heres nihil agit, sed ius quod habuit, retinet. *L.* 4. *C. de rep. her.* Primum, quia, ut supra docuimus pluribus huius Lib. Cap. IV. non potest repudiatione amitti hereditas, nisi quæ delata est. Semel autem quæsita hereditas, delata esse desiit: si quidem semel quæsitam amplius acquirere non licet: *§. sic itaque, Inst. de act.* ea autem solum dicitur delata, quam possumus adeundo consequi. *L. delata, D. de verb. sig.* Deinde, quæ [2] altera, & certior etiam ratio est, quia heres, hereditate quæsita, cœpit obligatus esse creditoribus hereditariis: quod unum est ex hereditariis oneribus, de quibus postea. *L. more, D. de acq. her.* Semel autem obligatus suo facto, ea obligatione se liberare non potest invito creditore, nisi solutione. *L. si servum, §. nunc videamus, D. de verb. obl. L. sicut, C. de obl. & act.* Quare nec poterit heres his se oneribus exsolvere hereditatis repudiatione. Sane propter par-

tem

1) Excip. tamen 1. Minor qui potest in integrum restitui, (ubi quæ observanda sint pete ex *Nov.* 119. *c.* 6.) quod & fideiussori eius prodest *L.* 89. *h. t.* & confusæ actiones restituuntur *L.* 87. *§. ult. h. t.* Qui metu pactus adiit, *L.* 85. *h. t.* (de quo vid. *not. sup. Cap.* 8. *N.* 2.) Duaren. *h. t. c.* 6.

2) Hæc ratio, iuxta A. Fab. 1. *Iurisp.* 6. *Princ.* 5. *Illat.* 8. vera quidem (& redditur ab ipso Fabro. 14. *Coniect.* 1.) sed non germana, ac perpetua. Nam & regulæ locus, quando nulli adsunt creditores. Certior ratio, quia bona defuncti aditione iam facta sunt heredis. Ac licet dominus possit habere rem suam pro derelicto, tamen efficere nequit, ut censeatur nunquam fuisse dominus. Aliam rationem pete ex notatis *supr.* ex eod. Fabro *h. Lib. C.* 2. *N.* 21.

tem coheredis deficientis iure accrescendi venientem fit interdum potestas heredi, qui suam partem agnoverit, eius ipsius partis omittendæ ea lege, ut a toto recedat. *L. cum hereditate, D. de acq. her.* Sed hoc propria ratione efficitur, de qua dicetur infra: neque ita multo post, cum agetur de iure accrescendi: quod unum est ex commodis, & incommodis hereditariis.

III. Alter effectus hic est, ut quemadmodum acquisitio hereditatem adiicit heredi, sic hereditas ipsa secum adferat heredi omnia, quæ sunt hereditatis.

IV. Constat autem hereditas, omnisque universi iuris successio, sive quæ iure civili, sive quæ prætorio contingat, commodis, & incommodis: quæ ideo utraque ipsa secum ad heredem transfert. *L. 1. L. 3. in pr. D. de bo. pos.* ac de commodis prius cognoscamus.

V. Commodorum hereditariorum tria sunt genera. Quædam sunt, quæ olim fuerunt defuncti dum viveret: quædam postea hereditati nondum aditæ acquiruntur: quædam aditam sequuntur, eique sunt adiuncta.

VI. Quæ commoda defuncti fuerunt, si in iure versantur, omnia sunt hereditaria: nisi si quæ nominatim excipiantur, de quibus postea. At si quid defunctus habuit, quod facti esset, non iuris: definitio hereditatis satis nos admonet, id hereditate 3 non contineri: non esse denique eiusmodi, in quod hereditario iure succedatur. Sic enim definitur hereditas, ut sit successio in universitatem quidem; non tamen in omnia, quæ defunctus habuit, sed in universum ius defuncti. *L. hereditas, D. de reg. iur. L. nihil aliud, D. de ver. sig.* Ac posterioris generis esse dicitur possessio: *E. 1. §. 1. §. 2. D. de acq. pos. L. denique D. ex qui. caus. mai.* cætera commoda, quæ defunctus habuit, iura fuerunt defuncti. Hinc ergo de successione in hæc commoda hæ sunt definitiones veterum; heredem in omne ius mortui, ac non tantum singularum rerum 4 dominium succedere: cum & ea, quæ in nominibus sunt, ad heredem transeant. *L. heres in omne, 37. D. de acq. her.* item ea, quæ de iure, & possessione defuncti simul concepta est; cum heredes facti sumus, omnia quidem iura ad nos transire: possessionem autem nisi naturaliter comprehensam ad nos non pertinere. *L. cum heredes, D. de acq. pos.* De iure omni quod diximus, fiet certius, cum partibus notatis, in singulis quadrare definitionem reperiemus.

VII. Ius quod defunctus habuit, consistit in his rebus quatuor; in dominio rerum singularum; in iure in rem, quod dominio vicinum est; in actionibus tam in rem, quam in personam; in exceptionibus. In hæc omnia successio est heredis, cum heres extitit.

VIII. Primum constat, heredem succedere in dominium rerum hereditariarum omnium. *d. E. heres in omne. D. de acq. her. L. 1. D. de bo. pos.* At quomodo? hoc ipso quod heres factus est, etiam si earum rerum possessionem nactus non sit: atque adeo etsi an res sint in hereditate, ignoret, *d. L. cum heredes, in pr. D. de acq. pos.* In quo iam genus rerum singularum per occasionem hereditatis acquirendarum animadvertendum est pro-

3) Ratio, quia aditione id acquiritur quod fuit hereditatis. Possessio autem in hereditatem non cadit, *L. 1. §. 9. si is qui in sect. sib & simil.* ut suo loco Coras. 6. *Misc.* 12. *n.* 1. Atque hæc obtinent etiam in suis heredibus; quia possessio exstincta in persona defuncti, cum sit facti, & cum voluntas, qua retinebatur, morte finem accipiat. Late *supr. Lib.* 5. C. 6. nec in filium continuari potest. Et si per suitatem transferretur in filium possessio, transiret quoque per aditionem in extraneum, quia post aditionem nulla est differentia inter suum, & extraneum ratione acquisitionis. Quæ & communis opinio est, Bellon. 4. *Suppur.* 15. *n.* 5. & 6. quæ probatur Cuiac. *in L.* 11 *de lib. & post.* Tiraq. *in Tr.* le mort saisit le vif. 3. *Declar. præfat. n.* 6. Iacob. Toming. *Decis* 11. *n.* 18. & *seqq.* Borch. *de Acq. poss.* C. 8. *n.* 26. Goed, *in L.* 24. *de V. S. n* 18. Arumæ. *ex. Instin.* 10. *in Corollar* Cornell. a Renthel. *Centur. controv. qq. de Poss.* Q. 24. & A. Fab. 5. *de Err. Prag.* 4. Diss. Accurs. *in L.* 40. *ex quib. ca. mai.* Coras. 6. *Misc.* 12. Conna. 10. Comm. 5. *n.* 7. Alciat. *in L.* 23. *de acq. poss. n.* 2. (quia, inquit, filius vivo patre habet naturalem possessionem *L.* 2. §. 1. *pro herede.* Eo igitur mortuo, solo animo detentionem naturalem in possessionem veram vertere licet. Necessarium tamen erit, ut animum suum declaret. Sed falsum illud præsuppositum ex *d. L.* 2. §. 1. cuius quis sit sensus vid. *not. Lin.* 5 *Cap.* 14. *N.* 10.) Duar. *ad tit. D. de lib. & post.* C 3. *f.* 345. Hot. 5. Obs. 12. Forst. 2. *de Succ.* 4. *n.* 17. & *seqq.* & C. 18. *n.* 11. & *n.* 16. Non iuvat hos *d. L.* 30. *ex quib. ca. mai.* Nam loquitur in genere de herede, non de suo herede; & possessio ibi significat usucapionem ut in *L.* 19. *eod.* Cuiac. *d. lo.* Pithoe. *in Not. tit.* 16. *coll. LL. Mosaic. pag.* 117. Gifan. *in d. L.* 23. *de acq. poss. n.* 12. Radulf. Forner. 2. *Rer. quotid.* 25. ostendens, non raro, quorum alterum sine altero esse nequit, confundi. Sicuti servitutes vocantur prædia *L.* 86. *de V. S.* Aliter Ant. Fab. 1. *Iurispr.* 2. *Pr.* 5. *Ill.* 3. *pag.* 52. quod verborum *d. L.* 30. *quin possessio &c.* hic sit sensus; Tempora possessionis defuncti iunguntur temporibus possessionis heredis, ut ei non necesse sit, novam usucapionem inchoare *L.* 13. §. 1. & *seqq. de acquiren. possess.* Non autem ut instantia possessionum defuncti, & heredis seiungantur, quasi una fuerit possessio iam inde ab instanti mortis translata, & quasi quoad possessionis caussam nunquam hereditas iacuisse videatur. Idem tamen aliter 1. *Iurispr.* 6. *Princ.* 5. *Ill.* 9 & *in Rational. ad d. L.* 30. possessionem illic significare non actum possidendi, sed ius possessionis. Quamvis autem huic iuri consuetudo Galliæ, *le mort saisit le vif.* Tiraq. *in eo Tract.* & Belgii *de doode erft den levende* Cur. 1. *Cont. ad Fr.* 6. contraria sit; in terris tamen imperii observari, & secundum eam in supremo Tribunali responderi testis est Gail. 2. *Obs.* 129. & *Obs.* 152. Fas tamen est heredi, possessionem propria auctoritate nancisci, si ea vacet: sin minus a iudex, ubi remedium est *L. ult. C. de ed. D. Adr. toll.* Vid. Parlador. 2. *Rer. quotid.* 5.

4) Vid. Duar. *h. t. C.* 6. Moller. 5. *Semestr. Diss.* 58.

proprium iuris civilis: cum alioqui iure gentium dominia incipiant a naturali possessione. *L. 1. in pr. de acq. pos.* dum scilicet eo iure nobis acquiruntur res, si quidem prius nullius sint, aut sint hostium, occupatione: si alterius, traditione, ubi propter bonam fidem, aut beneficio rei nostræ nobis non adiiciantur. *L. 1. L. 3. D. de acquir. rer. dom. L. traditionibus. C. de pact. §. per traditionem Inst. de rer. divis.*

IX. Iura in rem dominio finitima sunt, ius vectigale, seu emphyteuticarium, ius superficiarium, servitutes, pignus. Et generaliter ea, quibus efficitur, ut res, in quibus eiusmodi aliquid iuris nobis est, dicantur esse in bonis nostris: unde ad eas retinendas exceptionem, ad persequendas etiam ultro actionem habeamus. *L. bonorum. D. de verb. signific. L. rem in bonis. D. de acq. rer. domin.* In hæc ipsa iura eadem heredis successio est. Exempli gratia, in ius vectigale; *L. 1. D. si ag. vect. vel emp. pet.* in ius pignoris. *L. 1. C. si unus ex plurib. her. cred.*

X. Et in actiones tam in rem, quam in personam eodem iure succedit heres. Nam & actio ius est. *L. nihil. D. de ob. & act.* Idque est, quod aliis verbis traditur, quæ actiones alicui competunt, easdem & heredi eius competere. *§. 1. Inst. de per. & temp. act.*

XI. Eadem exceptionum caussa est: & hæ ad heredes transeunt. *L. ult. D. de exc. rei vend. & tradit. L. si pactum. D. de prob.* Quidni, cum & fideiussoribus competant? *L. exceptiones. 7. L. omnes. D. de exc.*

XII. Hic tamen ex universo iure defuncti excipiuntur genera duo, quæ non transeunt ad heredes: ius 5 personale; & ex actionibus actio iniuriarum, & si qua est similis.

XIII. Personale ius vocamus, quod aut in facto personæ consistit, ut in utendo; aut certæ personæ ita tribuitur, ut huic persona sola, non res locum faciat. Quæ & alibi dicuntur personæ cohærere. *L. 3. in fi. D. quib. mod. uf. amit. L. exceptiones, 7. de exc. L. non solum, §. tale, D. de lib. leg.* Quodcumque eiusmodi est, sicut personæ cohæret, ita cum persona finitur, eoque ad heredem non transit. *d. L. non solum, §. tale, de lib. leg. L. quia, sol. mat.* Ex priore genere est inter iura in rem servitus personæ. *d. L. non solum, §. tale.* Exempli caussa usufructus; quem constat ex fruendo consistere: id est, facto aliquo eius, qui utitur fruitur: ut placeat semper in eo personam utentis spectari. *L. 1. in princ. & §. 1. D. quan. di. ususf. leg. ced.* Qua ratione & hic dicitur cohærere personæ, ac propterea morte finiri. *d. L. 3. §. ult. quib. mo. usuf. am.*

XIV. Posterioris generis sunt exceptiones eæ, quæ parenti, patrono, marito, & similibus personis hoc ipso, quod tales sunt, id est, ob pietatem, aut reverentiam tribuuntur. *d. L. exceptiones, 7. in prin. de exc. d. L. quia, sol. mat.* De actione autem iniuriarum, & si qua similis inveniatur, has nec competere heredibus scriptum est in *§. 1. Instit. de per. & temp. act.* Non competit iniuriarum actio, quia hanc actionem dissimulatione aboleri placuit. *§. ult. Instit. de iniur.* Hæc dissimulatio in eo esse videtur, qui priusquam iniuriarum ageret, decessit. Huic actioni similes sunt, quæ ob contemptum, & contumeliam inferuntur. Qualis est, quæ in quinquaginta aureos olim data est adversus eum, qui parentem, patronumve in ius vocasset sine permissu prætoris. Nam & hæc ex contumelia est, qua afficitur hoc facto parens, & patronus; eoque nec heredi datur. *L. pen. D. de in ius voc.* sed de eo opportunius in argumento de actionibus.

XV. In cætera iura defuncti heres succedit. Solus; si quidem unus est heres. Sin plures, omnes. Sed in his videndum, quatenus; in solidum singuli, an pro parte: & si pro parte, quæ hic iure divisio fiat. Et si quod eiusmodi est, quod divisionem etiam in actore non recipiat, aut natura rei, aut constituentium lege, singuli heredes in solidam petitionem succedunt. Viæ, itineris, aquæductus, & similium servitutum stipulatio natura rei divisionem non recipit; quia usus earum rerum indivisus est. Ideo si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, placet, singulos in solidum habere actionem. *L. viæ, D. de ser. L. 2. §. 1. §. ex his, ver. sed quo casu, L. stipulationes non. D. de ver. ob.* Pignus vel iure, vel pactione constitutum hanc conditionem habet, ut non prius solvatur, quam tota pecunia soluta sit. *L. si rem, §. omnis. D. de pig. act.* Ea res facit, ut si quid vel minimum supersit ex pecunia debita, totum pignus teneatur; liceatque id & petere totum, & totum distrahere iuxta conditionem. *L. quandiu. C. de dist. pig.* Ideo servatur hoc & in pluribus heredibus

5) Sic si solutio collata est in aliquem, non potest eius heredi fieri *L. 55. de V. O.* Factum autem hic distinguitur a iure, non a datione. Nam immo obligationes, quæ in faciendo transeunt ad heredes vid. *not. infr. Lib. 12. C. 10.*

bus creditoris, ut, quamvis singulis nihil nisi pars hereditaria debeatur; pignus tamen unicuique teneatur in solidum, quia verum sit, huius parte non soluta, omnem pecuniam non esse solutam. *L. 1. C. si unus ex plur. her. cred.*

XVI. Cætera iura; ut dominium, servitutes personarum, actiones, persecutiones, ut divisionem natura rerum, & nec refragante conditione constituentium recipiunt: ita dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis. Dominium quidem rerum tale est. In quod ideo plures heredes ita succedunt, ut fiant res inter eos communes. *L. coheredibus. C. fa. erc.* Actiones eodem modo; nisi si quæ sint, quæ non recipiant divisionem, quæ sunt ex innumeris paucæ. De quo genere scripsi ad *L. 2. §. 1. D. de ver. ob.* Exceptiones ita sunt inter plures heredes debitoris, ut est actio, qua conveniuntur. Si tenentur conveniunturque singuli in solidum; & singuli in solidum exceptionem habebunt. Sin autem conveniuntur pro parte tantum, non nisi & in eam partem exceptione utentur. Quod totum sumitur ex exceptionis natura. Nam si exceptio est actionis exclusio: *L. 2. D. de exc.* non habebit omnino exceptionem heres, nisi qui eam habebit, qua actio instituta excludatur. Iam autem effectum est, quæ reo competunt exceptiones, easdem & heredibus dari debere.

XVII. Quæ res dividuntur inter heredes, in his non omnium servatur eadem divisio. Pecunia, si qua est in hereditate, dividitur numero inter heredes, non corporibus. Ut si duo sint heredes ex æquis partibus, & sint centum in pecunia numerata: non singula corpora nummorum fiunt inter eos communia pro indiviso; sed numero corporum fit divisio; ut singuli heredes in ea pecunia habeant quinquaginta; nec aliter pecunia dividitur, inter quos ea dividi debet.

XVIII. Eadem ratio est olei, frumenti, & similium rerum, quæ numero, mensura, aut pondere constare dicuntur. Quia hoc commoditas rerum exigit. Hæc in *L. cum Sti hus. 29. D. de sol.*

XIX. Hinc nominum hereditariorum inter heredes eadem divisio: id est, earum actionum, quibus pecuniæ debitæ persecutio continetur. Ut, si defuncto debita fuerint centum, & is decesserit duobus heredibus relictis ex æquis partibus; singuli actionem habent solum in quinquaginta. Idque est, quod dicitur, ea quæ in nominibus sunt, non recipere divisionem: cum [6] ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint. *L. ea quæ. C. fa. erc.* Quamquam & hoc ad æs alienum, quod defunctus debuerit, ex æquo pertinet. Eadem divisio recepta est in generibus promissis. *L. in stipulationibus. 54. D. de verb. obl.*

XX. Cætera corpora hereditaria sic dividuntur inter heredes, ut non pro numero certo cedant singulis, sed dividantur singula inter eos, non ita tamen, ut corpore partes habeant, sed iuris intellectu, eoque sint eæ partes, quæ dicuntur indivisæ. Denique sic dividuntur res singulæ inter eos, ut his indivisis manentibus, fiant communes. *L. bona. L. coheredibus. C. fam. ercisc.* ac sunt communes eæ, quarum sunt inter aliquos eæ partes pro indiviso, quas modo dixi. *L. 5. D. de stip. ser.*

XXI. Alterum genus commodorum hereditariorum est eorum, quæ post mortem defuncti hereditati nondum aditæ acquiruntur. Quæ vivo acquirerentur iustis de caussis, ea si post mortem eius eveniant, iisdem caussis intervenientibus, hereditati acquirentur, tanquam dominæ, quæ successerit in locum defuncti. *L. hereditas, 1. & 2. D. de acquir. rer. domin.* In his commodis hæc sunt quinque.

XXII. Primum, quæ per alluvionem & accessionem rebus hereditariis accreverunt.

XXIII. Tum quæ ex rebus hereditariis nata, editave sunt. In quo numero sunt hæc: fructus prædiorum, animalium fœtus, lac, pilus, lana, ancillarum partus; mercedes ex locatione rerum hereditariarum perceptæ: ut pensiones ædium locatarum, operæ servorum, vecturæ navium, & iumentorum. Sunt hæc omnia hereditaria. Unde & hereditatem angere dicuntur. Non sane, quia defuncti fuerint, quæ post mortem eius quæsita sunt; sed quia hereditati quæsita, facta sunt hereditatis. Hæc in *L. item veniunt, §. item non solum, L. sed et si, §. ultim. L. ancillarum, & seqq. D. de her. pet.*

XXIV. Præterea ea, quorum usucapio a defuncto cœpta nondum adita hereditate impleta est; & ob id usucapione hereditati sunt quæsita. *L. cæptum, L. iusto, L. nondum, D. de usucap.*

XXV. Quarto loco negotiorum gestorum actio, si quis gessit negotia hereditaria. *L. nam & Servius, §. qui negotia, D. de neg. gest.* XXVI.

6) Ut nullum factum, vel divisio heredum inter sese requiratur, nec in ercifcundæ iudicium nomina veniant. Vid. Mercer. 2. Opin. 25.

XXVI. Postremo quæ per servos hereditarios quæsita sunt. Quæ servi faciendo viventibus dominis acquirerent: mortuis dominis, si faciant ante aditam hereditatem, hereditati acquirant. *L. hereditas*, 2. *D. de acquir. her. Institut. de stip. ser. in princ.* Servus quidem ex persona solum domini acquirendi ius habet. *d. Tit. de stip. ser. in prin.* Sed ne hoc in proposito metuamus, hereditas pro domino habetur. Quæ res acquisitionem confirmat. *d. L. hereditas*, 2. *de acq. rer. do. d. tit. de stip. ser. in pr.* Sane ubi ad acquirendum desideratur factum personæ, ibi per servos hereditarios hereditati quæri nihil potest. Hereditas enim persona non est, quæ aliquid possit facere. *d. L. hereditas*, 2. *D. de acq. re. do.* Quo in genere sunt ista; quæ propterea per servos hereditarios quæri non possunt: hereditas servo delata, ususfructus, & possessio rerum non ex caussa peculiari quæsitarum. De duobus prioribus est in *d. L. hereditas*, 2. *de acq. re. do.* Tertium per servum non acquiritur ei domino, a quo servus non possidetur. *L. iustos*, §. *ult. D. de usuc.* De quibus amplius dicendum est suo loco: id est, cum quæretur per quas personas nobis acquiritur. Nunc solum id agitur, ut sciatur, quid sit hereditarium. Ergo, his exceptis, cætera per servos hereditarios quæsita tam acquiruntur hereditati, quam acquirerentur domino, si vivo eo quæsita essent.

XXVII. Hæc omnis acquisitio eorum, quæ hereditati acquiri dicimus, eo pertinet, ut intelligamus hæc eadem deinde per hereditatem heredi postea facto acquiri. *Inst. de stip. ser. in princ.* Sic enim necesse est, ut si cui quæritur hereditas, per eam etiam suscipiatur, quodcumque est hereditatis commodum, & incommodum. *L.* 3. *in pr. de bo. poss.* Quæ si ita sunt: ad acquirenda commoda hereditaria nihil nocet heredi multo post mortem defuncti heredem exstitisse; cum quandocumque exstiterit, semper intermedia commoda tam ei acquirantur, quam si statim a morte defuncti heres exstitisset. Hinc illud *L. heres quandoque D. de acq. her.* heres quandoque adeundo hereditatem, iam 7 tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Nempe ideo, quia per hereditatem ea obtinet iam inde a morte defuncti, quæ ipse si statim successisset, per se obtineret. Bene autem, intelligitur. Nam re vera non prius succedit heres defuncto, nec prius fit locupletior, quam hereditatem adierit. *L. pretia, in fin. pr. D. ad leg. Falc.* Verum intelligitur ideo, quia effectu perinde habetur, quasi iam tum successisset; ut declaratur illa altera regula iuris de eadem rescripta: *omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.* L. omnia fere, *D. de reg. iur.*

XXVIII. Sed intelligendum est non per omnia id ita haberi. Ex quo in regula superiore additum est *fere*. Et recte. Meminisse enim debemus, cur ita videatur heres iam inde a morte defuncti successisse, caussam in eo esse, quod quæ intermedio tempore obtigerunt, ea hereditati quæsita, sic deinde per hereditatem ad heredem transferuntur, alioqui heredis non futura. Nunc autem non omnia quæ heredi statim exsistenti aquirerentur, eadem & hereditati acquiri posse ante diximus; puta tria illa, quæ diximus per servos hereditarios non acquiri. Itaque in his saltem dici non potest, heredem quandoque hereditatem adeundo perinde habendum, quasi continuo post mortem defuncto successisset: cum si successisset statim, ea omnia per servos hereditarios iam tum suos factos acquirere potuisset.

XXIX. Tertium genus commodorum hereditariorum est id, quod hereditatem aditam sequi diximus, eique esse adiunctum. Id commodum est in parte hereditatis alicui quæsita. Id autem est ius accrescendi, seu accessio reliquarum partium hereditatis, quæ iam quæsitæ accedunt. Qui ex aliqua parte heres exstitit, huic reliquæ partes vacantes, aut deficientes accrescunt: non iure personæ heredis; sed beneficio partis iam quæsitæ, quippe quæ nisi quæsita esset, cæteræ heredi ne volenti quidem acquirerentur. Ut merito hoc ius partis quæsitæ commodum, & effectum faciamus. Sed quoniam ius accrescendi volenti, & suscipienti reliquas partes commodum est: nolenti onus, ut quodammodo res mista sit ex commodis & incommodis: melius erit, cum de commodis, & incommodis simplicibus dixerimus, separatim de iure accrescendi, quod utraque illa permistim continet, ad extremum dicere. Ac cum de commodis hereditariis, quæ ad heredem transeant, diximus, sequitur, ut incommmoda huius generis quæ sint, quæ item quæsita hereditate heredem sequantur, videamus.

CAP.

7) L. 28. §. *ult. de stip. serv. L. omnis* 138. *pr. de R. I.* Vulgo. Aditionem retrotrahi ad tempus mortis, & tempus mortis cum tempore aditionis continuari, Duar. *h. t. C.* 6. Et ita dominium acquiritur non ex die aditionis, sed mortis. Quandocunque enim adeat heres iam a die mortis adiisse retrofingitur, propter necessariam dominii continuationem, quod medio tempore pro derelicto haberi nec potest, nec debet A. Fab. 8. *Coniect.* 19.

C A P. XI.

De incommodis hereditariis, quæ quæsita hereditate heredem sequuntur.

Incommodorum hereditariorum genera tria. I.
Æs alienum. II.
Id duplex. III.
Æs alienum defuncti. In hunc primum hereditatem, ac deinde per hanc heredem factum succedere. IV.
Non tamen in omne; & quod nam exceptum. V.
Hereditatem, & si solvendo non sit, obligare heredem æri alieno; & quare id iniquum videri non debeat. VI.
Ius hoc vetus relaxatum postea fuisse a Iustiniano, & quatenus. VII.
Si plures sint heredes, quatenus singuli æri alieno defuncti teneantur. VIII.
Æs alienum ab hereditate ipsa veluti contractum duplex. IX.
Eum, qui negotia hereditaria gerit, hereditatem sibi obligare. X.
Item eum, qui defunctum funeravit. Quare. XI.
Legata, & fideicommissa heredem æque ac æs alienum onerare. XII.
Eum æri alieno obligari etsi hereditas solvendo non sit; legati autem, & fideicommissi nomine non teneri ultra, quam ad eum ex hereditate pervenerit. Ratio differentiæ. XIII.
Hodie qui inventarium non fecerit, solida legata præstat, & si vires patrimonii excedant. XIV.
Si plures sint heredes, qui nam, & quatenus legata præstare teneantur. XV.
Tertium incommodum hereditatis, interdum ius accrescendi. XVI.

I. INcommoda hereditaria tria sunt: æs alienum hereditarium; onus legatorum, vel fideicommissorum; & rursum ius accrescendi.

II. *Æs nostrum* vocamus, [1] quod alii nobis debent: *æs alienum*, quod nos aliis debemus. *L. cedere*, *§. æs alienum*. *D. de verb. sign.* Æs alienum hereditarium id, quod ab hereditate, vel herede, ut herede, aliis debetur.

III. Id duplex est. Est enim æs alienum defuncti. Est etiam æs alienum quod post mortem defuncti nascitur, & velut contrahitur ab hereditate.

IV. In æs alienum defuncti primum hereditas: ac deinde per hanc heres factus succedit: & quod aliis verbis veteres dicunt, hereditas quæsita æri alieno heredem obligat. *L. more*. *D. de acquir. her.* Item his verbis: heredes obligantur creditoribus defuncti; ab his conveniri possunt; his convenientibus respondere debent: horum actiones suscipere. *L. pro herede*. *§. Papinianus*. *D. de acquir. hered. L. ult. C. de her. act. L. 2. C. de her. vel act. vend.* Neque aliud significatur, cum dicitur, quæ actiones in personam in aliquem dantur, easdem & adversus heredem competere. *§. 1. Instit, de per. & temp. act.* Hæ enim sunt actiones, quibus creditores hoc æs alienum a defuncto debitum persequuntur. *L. nihil. D. de obl. & act.* Ex quo iure intelligimus, quod dicitur, hereditatem, itemque heredem succedere in universum *ius* defuncti. *L. hereditas*. *D. de reg. iur. L. heres in omne*. *D. de acq. her.* hic verbo *iuris* significari non tantum ius, quod defunctus habuit; sed etiam ius, quo defunctus aliis tenebatur.

V. Non tamen in omne æs alienum defuncti succedit heres. Nam si actionem in personam adversus heredem competere, nihil aliud est, quam hunc æri alieno, seu creditoribus hereditariis obligari, & his agentibus respondere debere, ut diximus: non obligatur heres æri alieno defuncti ex his caussis, ex quibus sunt pœnales actiones. Placet enim has actiones in heredem non dari. *d. §. 1. Inst. de per. & temp. act.*

VI. In æs alienum defuncti quibus ex caussis succeditur, ita succedit heres, ut nihil intersit, utrum hereditas solvendo sit, an non sit. Obligat nos hereditas æri alieno, etsi non sit solvendo. *d. L. more, de acq. her. L. 3. in pr. D. de bo. pos.* Neque hoc iniquum videatur, teneri here-

1) Quia meorum, & tuorum appellatione, etiam actiones continentur *L. 19. de V. S.* Hinc creditor, cui solvitur, suum recipere dicitur *L. 44. de cond indeb.* quod tamen fieri per metonymiam, vel per elipsin scribit Gœd. *in d. L. 91. n. 3.* Æs autem sumitur pro quolibet nummo *L. 159. de V. S.* vid. Cuiac. 7. *Obs.* 33. Gœd. *in d. L. 59.* Sic Horat. 1. *Epist.* 7. quid distent *æra* lupinis, id est verum aurum ab auro Comico, ut exponunt Muret. *ibid.* & Turneb. 1. *Adv.* 15.

redem ultra quam acceperit. Esset iniquum, si in res tantum succederet. Nunc autem succedit in ius, & locum defuncti, ut partibus quoque eius fungi debeat. *L. quædam*, §. 1. *D. de ed.* Denique ut hereditas sustinuit personam defuncti priusquam adiretur: *L. hereditas*, 1. *D. de acq. her.* Sic hac quæsita, necesse est, eundem locum, & personam heres subeat. Unde & heres [2] eadem persona esse dicitur cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præf.* circa medium.

VII. Hoc ius vetus est in obligatione æris alieni hereditarii, & heredis personæ convenit. Sed relaxatum est postea constitutione Iustiniani, si quis beneficio eius utatur in inventario faciendo. Qui hac conditione adit, ut inventarium faciat rerum hereditariarum, & ex præscripto legis Iustiniani facit, is inter cætera commoda, quæ huic confectioni data sunt, hoc consequitur, non ne teneatur creditoribus hereditariis; sed ne teneatur ultra facultates hereditarias, & ne teneatur aliter, quam ut primo cuique venienti solvat. *L. ult.* §. *etsi præfatam. C. de iur. delib.* Ac de toto hoc beneficio supra a me satis dictum est suo loco, id est huius Libri Cap. III.

VIII. Æs alienum defuncti solus agnoscit, si quis solus est heres. Si plures sint heredes vel ex testamento, vel ab intestato: tenentur omnes. Videndum quatenus. Et siquidem obligatio divisionem non recipit, tenentur in solidum. *L.* 2. §. 1. & deinceps, *L. stipulationes non*, *D. de verb. obl. L. herede*, §. *an ea*, *D. fa. erc.* Si recipit, ut recipiunt prope omnes, paucis exceptis, de quibus scripsi ad *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* non tenentur singuli nisi pro parte. Et quidem ita, ut dividatur æs alienum inter eos ipso iure: idest, non facto, & divisione heredum inter se; sed iure ipso obligationem inter eos etiam ignorantes ita distribuente. *L. ea quæ*, *C. fam. erc.* Dividitur autem pro portionibus hereditariis *L.* 2. *C. de her. act. L. pacto successorum*, *C. de pact.* Quæ adiectio duo continet. Nam primum ostendit obligationem non dividi inter heredes pro numero personarum, ut singuli teneantur in viriles partes: sed si ex æquis partibus instituti sint, teneri quidem ex æquis, & virilibus; non tamen quia viriles sint, sed quia hereditariæ. Si autem instituti sint ex inæqualibus partibus, puta unus ex dodrante, alter ex quadrante; etiam in ære alieno easdem partes agnituros. Deinde eo pertinet, ut declaretur, quod alibi apertius comprehensum est, hereditaria onera æris alieni ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. *L.* 1. *C. si cer. pet.* Exempli gratia, sit ei qui in proxima specie institutus erat ex quadrante, legatus fundus, qui dodrantem hereditatis emolumento continebat. Non tamen amplius quam pro quadrante tenebitur creditoribus hereditariis. Nam quod ultra quadrantem hereditatis est, puta dodrans rei relictæ, id ei legatur, & legatum hactenus accipit a coherede. *L. in quartam*, *D. ad leg. Falc. L. legatum*, §. 1. *D. de leg.* 1. Legatarii creditoribus hereditariis personali actione non tenentur. *L. ult. C. de her. act.*

IX. Æs alienum hereditarium ab hereditate ipsa velut contrahitur, cuius debendi caussa nascitur post mortem defuncti, & hereditatem quamvis non aditam obligat. Contrahitur id aut ex negotiorum hereditariorum administratione, aut ex [3] funeratione defuncti.

X. Qui negotia hereditaria gerit, is hereditatem sibi obligat, idque æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus in heredem transit. *L. nam & Servius*, §. *qui negotia*, *D. de neg. gest.*

XI. Funerandi defuncti cura, & impensa, hereditatis, ac per hereditatem heredis onus est. *L. si quis sepulchrum*, *D. de rel.* ut si quis alius defunctum funeret, videatur is quodammodo gerere hereditarium negotium. *L. & si quis*, §. *idem Labeo*, *in fin. D. de rel.* Hinc funeraria actio a prætore proposita eius, qui funeris caussa sumptus factus esset, recuperandi nomine, in eum ad quem hereditas pertineret, *d. L. si quis sepulchrum*, §. *prætor*, *de rel.* idest, ut iuris consulti interpretantur, si quis heredem habeat, in

2) Quæ ratio & vulgo a DD. redditur teste Valasco. *Tom.* 1. *Consult.* 52. *n.* 1. Vult. *in* §. 5. *I. de her. qual. n.* 7. Volenti, ait, non fit iniuria. Potuit enim non adire, vel abstinere. Nec tenetur, quia hereditatem accepit, sed quia accipiendo, consensit in onera, & fidem suam voluntati defuncti accommodavit *L.* 3. §. *ult. & L.* 4. *D. Quib. ex Ca. in poss. eat.* P. Greg. 46. *Synt.* 5. *n.* 8. ideoque non tam ex defuncti, quam suo facto obligatur Ant. Massa Gales. *in Tr. ad form. Cam. lig. P.* 2. *Q.* 1. *ad primam oblig. partem n.* 4. *&* 5. Et alias quoque sæpe homines in contrahendo decipiuntur. *L.* 16. §. 2. *de min.*

3) De ritibus, & impensis funeribus Romanorum videlicet quæ ad 12. tabb. Fragm. notavit Goth. adde Forcat. *Dial.* 1. *Necyom.* Manut. *Lib. de LL. Rom.* p. 130. *& seqq.* Ræv. *ad LL.* 12. *tabb.* C. 15. *&* 1. *Coniect.* 14. Lips. 1. *Elect.* 19. De lugentium gestibus, & vestium scissione in luctu P. Fab. 2. *Semestr.* 10. de antiquis Christianorum cæremoniis in luctu idem 3. *Semestr.* 13. vid. & Tessaur. *Decis. Pedem.* 270. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 17. *&c.*

in heredem; cuius, ut dixi, id munus est. *L. & si quis, §. ult. de rel.* & hunc quidem solum; nisi mulier decesserit, cuius dos, aut in totum, aut pro parte pervenerit ad alium, quam ad heredem; pervenerit puta ad maritum. Quo casu placet, mulierem ex dote quoque, quæ penes virum remanet, & ex hereditate mulieris pro rata portione funerandam esse: ut si, exempli gratia in dote centum sint, in hereditate ducenta; duas partes heres, unam vir in funus conferat. *L. in eum. L. Celsus*, & aliquot sequentibus. *D. de rel.* Funeris impensa quæ sit, & ad quem modum ob hanc impensam teneatur heres, explicatur *L. etsi quis, §. funeris. §. hæc actio, L. funeris, de rel.*

XII. Onus legatorum & fideicommissorum, quæ quidem ab alio, puta legatario, aut fideicommissario relicta non sunt, heredis onus est itidem, ut æs alienum. Tenetur legatariis, & fideicommissariis heres, ut & creditoribus. *L. 2. C. de leg. L. 2. C. de her. vel act. vend.* Hinc definitio legati, ut sit *donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda*, §. legatum, *Inst. de leg.* Obligatio nata ex quasi contractu, de quo suo loco. *§. heres, Inst. de obl. quæ ex quas. cont.*

XIII. Sed inter modum huius præstationis, & modum æris alieni hoc interest, quod obligatur heres æri alieno, etsi hereditas solvendo non sit, ut diximus. Legati autem, aut fideicommissi nomine non tenetur ultra, quam ad eum ex hereditate pervenit. *L. 1. §. si is qui quadringenta, D. ad Treb.* Differentiæ ratio est, quod heres succedit in locum defuncti. Itaque quod defuncti onus fuit, id ipsum & heres in se suscipit. Defunctus autem quod debuit creditoribus, solidum debuit, etiam si solvendo non esset. Quare & hoc idem æs alienum eadem lege ad heredem transit. At defunctus non debuit legata. Ipse est, qui his voluntate sua heredem obstrinxit, non se. Quapropter quod hic debeat heres, non est ex persona, & iure defuncti, sed ex voluntate eius æstimandum. Atqui intelligitur defunctus hactenus voluisse obligare, atque adeo hactenus obligare potest vel heredem, vel alium, quatenus in eum contulit. Quod amplius est, inutiliter relinquitur. *§. hoc solum, Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Neque hoc minus valet in herede, quam in cæteris, tametsi heres universi iuris successor est. Nulla enim hic successio est in legata, quæ eum potius, quam privatos legatarios obliget. Qua ratione legatum a Florentino definitur delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod totum heredis foret, alicui quid collatum velit. *L. legatum, 116. in prin. D. de legat. 1.* Delibatio, ut intelligamus legata ex hereditate sumi: extra hereditatis quantitatem nulla esse. Et quidem id aperte ostendit lex Falcidia: quæ non modo non permittit ultra quantitatem patrimonii heredem onerari legatis; sed etiam ultra dodrantem vetat. *§. ultim. Inst. de leg. Falc. L. 1. D. eod.*

XIV. Iustinianus tamen Novella constitutione ab hoc iure ex parte recessit. Nam dum beneficium suum in inventarii confectione constitutum adversus eius contemptores omnibus modis tueri studet: etiam inter cætera hoc cavit, ut si heres inventarium rerum hereditariarum non fecerit ex præscripto constitutionis suæ, solida legata præstet, etiam si vires patrimonii excedant. Hoc ille *Nov. 1. de her. & Falc. §. hinc nobis*, unde Auth. *sed cum testator. C. ad leg. Falc.*

XV. Si unus tantum heres est defuncto; quis teneatur legatis, & quatenus, ex superioribus intellectum est. Quod si plures sint heredes, quæretur, an teneantur omnes; & si qui tenentur, quatenus. Quibus de rebus multa sunt dissimilia in legatis ab obligatione æris alieni. Et merito: quoniam æs alienum lex transfert, quæ semper certa, & una est. Transfert enim in heredem omnem pro portione hereditaria: obligationem autem legatorum, & fideicommissorum inducit voluntas defuncti, quæ non una est in heredibus singulis legato onerandis. Hinc illa dissimilia. Heredes omnes obligantur æri alieno vel in solidum, vel pro parte, secundum ea, quæ diximus. At non omnes legatis, & fideicommissis obligantur. Licet enim testatori pluribus heredibus institutis, legata relinquere a quibus, & quatenus velit: ut a quo quid relictum est, tantum præstet habita ratione legis Falcidiæ in singulorum portionibus. *L. in singulis. D. ad leg. Falc. §. 1. Inst. eod.* Tum solum obligantur legatis heredes omnes, cum testator aut legavit simpliciter herede non appellato; veluti Titio fundum illum do lego: Titio centum dari volo: aut generali oratione complexus est omnes heredes: veluti, quisquis mihi heres erit, centum dato: aut heredes mei Titio centum dent. *L. si heredes, 124. D. de leg. 1.* Sed & inter istos non eadem per omnia servatur legatorum divisio, quæ æris alieni. Hoc quidem commune, quod si testator iniunxerit heredibus aliquid, quod divisionem non recipit, veluti, ut opus aliquod civitati

tati

tati faciant; placet unumquemque in solidum teneri. *L. fideicommissa*. 11. §. *pen*. *D. de leg*. 3. Hoc etiam commune in his, quæ divisionem recipiunt, ut si legata præstari voluit, non appellatis heredum nominibus, eorum præstatio dividatur inter heredes pro portionibus hereditariis, ut ius commune est de hereditariis oneribus, *d. L. si heredes*, 124. *de leg*. 1. *L*. 2. *C. de her. act.* Quod si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sint, visum est magis esse, ut viriles partes debeant, quamvis ex disparibus partibus instituti: quasi personarum enumeratio hunc effectum habeat, ut exæquentur in legato præstando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Hoc in *d. L. si heredes*, 124. *de legat*. 1. congruit *L. nonnunquam*, 24. *D. ad Treb.*

XVI. Tertium incommodum hereditatis, quod quæsitam partem sequitur, est ius accrescendi. De quo quia præcipua quædam hic dubitatio est, de eo separatim iam dicemus.

C A P. XII.

De iure accrescendi in hereditatibus, & bonorum possessionibus. Quodnam hoc ius sit: Cur ita dictum: Unde natum: Quale id sit in uno herede: Quale in pluribus, quorum unus tantum portionem suam agnoverit: Quæ hic portio accrescat; Cui; Volenti, an invito; Sine onere, an cum onere adiuncto.

I. Si quis heres, sive suus, sive extraneus, ex aliqua parte hereditatis heres exstitit ita, ut eam habere cogeretur, ille se immiscendo, hic adeundo, vel pro herede gerendo, aut bonorum possessionem agnoscendo; portioni hereditatis quæsitæ sic cæteræ eiusdem hereditatis partes, quæ alium heredem non habent, accedunt, ut ab ea trahantur: ut qui illam cœpit habere, continuo habeat vacantes cæteras. Idque ius servatur non tantum in heredibus testamento institutis, in quibus citra controversiam locum habet: *L. unica*, §. *his ita*, *C. de cad. tol.* Sed etiam in legitimis heredibus. *L. si ex pluribus*, *D. de suis*, & *leg.* Nec tantum in heredibus, sed & in bonorum possessoribus qui vice heredum sunt. *L*. 3. §. ult. & seqq. *D. de bon. pos. L. unica*, *C. quan. non pet. par. pet. acc.* ut qui de uno genere horum dixerit, de omnibus dixerit.

II. Vocatur autem hoc ius accessionis, seu accretionis in usu iuris [1] ius accrescendi.

1) *L*. 17. §. 1. *de hered. instit. L*. 3. *pr*. & §. *ultim*. 3. *pr*. & §. 2. *L*. 6. §. 1. *L. pen. de usufr. accresc.* Accrescere dicitur res quæ alteri accedit, *L. insula* 56. *pr. de acqu.* de Sallust. *in Cicer*. Quid tibi litibus accreverit. Duaren. *Lib*. 1. *de iur. accresc. Cap*. 1. *in fin*. Iustin. *in const. tanta* §. *pen. cir. fin.* tertia pars mundi nobis accrevit. Ioan. Suev.

di. *L. qui patri, in fi. D. de acq. her. d. L. 3. §. ult. de bon. pos.* Recte accrescendi: ubi portio alteri adiuncta facit, ut & ipsa crescat cum ea, cui adiungitur; & præterea illa quoque, cui accedit, huius accessione. Commodum hoc, & incommodum partis jam quæsitæ esse volumus. Et est omnino: utpote quod partem quæsitam ita sequitur, ut velit nolit is, cui portio illa quæsita est, cæteræ vacantes, aut deficientes ei accrescant, ut ex partibus huius iuris subiectis liquebit. Nunc ad id statuendum sufficiet sententia sive Iuliani, sive Papiniani, qua pæne diserte id expressum est in *L. si Titio. §. ult. D. de usuf.* Loquitur ille quidem de iure accrescendi in rebus legatis: sed ita, ut idem ad hereditates non minus pertineat, in quibus idem plane ius est accrescendi. *L. unica, §. his ita, & §. ubi autem, C. de cad. tol.* Ait igitur in iure accrescendi, portionem velut alluvionem portioni, personæ usumfructum accrescere. Significans in rebus aliis quam usufructu, in quibus ius accrescendi valet, portionem portioni accrescere, non personæ. Quod eo pertinet, ut intelligatur, si quod commodum est, aut incommodum in portionibus accrescentibus, merito id nos utrumque portioni iam quæsitæ tribuere; ut non alio potius loco de hoc iure, quam inter commoda, & incommoda partis hereditatis quæsitæ, agi debuerit.

III. Unde ergo hæc [2] necessitas accretionis cum ea parte, quæ iam quæsita est: cum una cum cæteris nihil videatur habere commune? Nascitur ex his duobus principiis iuris, quæ hic certa constituta sunt. Quorum alterum pertinet ad eas partes, quas iam sua voluntate quis adierit. Alterum ad reliquas, quas nolit habere.

IV. Prius hoc est: Qui aliquam partem agnovit hereditatis sibi delatæ, ut nihil amplius, hanc certe agnoscendo quæsivisse. Semel quæsitam amplius repudiare non posse, *L. 4. C. de rep. her.*

V.

Soev. *Lib. 1. de Iur. accresc. C. 1.* Sic per alluvionem dicitur fundo accrescere *L. 1. C. de allu. in fin.* Cum qua hoc nostro iuri accrescere convenit quod utrobique ipso iure, sive facto hominis fit accessio: Suerin. *de Usufr. accresc. in pr.* Suev. *d. C. 1.* non vero, ut iidem, quod utrobique incrementum latens. Neque enim ut alluvio sensim per temporum intervalla minimas particulas adiicit, ita & ius accrescendi, sed quamprimum portio vacans deficit: tota continuo eodemque momento alteri accedit. Definitur a Cuiac. *in Par. de Usuf. accr. & 5. ad Afric. in L. 36. §. ult. de Usuf.* Ius retinendæ vel oancifcendæ partis eius qui non concurrit, vel concurrere desiit. Ab eodem 12. *Obs.* 52. Ius hereditatis, vel legati integrum, nec per concursum socii deminutum. Quod in legatis verum esse agnoscit, in hereditatibus autem falsum ostendit A. Fab. 50. *Err. Prag.* 4. A. Vult. *in §. ult. I. de donat. n. 1. & 1. Iurispr.* 77. Ius quo pars vacans cedit, & accrescit parti occupatæ. Cui definitioni addenda putat Io. Suev. *Lib. 1. Cap. 4. pag.* 33. verba ad conservandam hereditatem & voluntatem defuncti individuam. Quidam loco generis modum acquisitionis ponunt, Suerin *de Usuf. accr. in pr.* Quod recte displicet Suevio. *d. C. 4. in fi.* Sed nec illud probo quod Gœd. *in L. 23. de V. S. n. 5.* dum modos acquirendi Iure Civili in universum & particulares divisit, ius accrescendi particularibus accenset, & a legato ac fideicommisso separat. Nam immo nec novus hic, opinor, modus, aut separatus titulus, nec semper particularis. Sed cui fit accrescit, vel titulo Pro herede, vel titulo Pro legato, &c. possidet, non certe pro accreto. Nec pars accedens diverso iure censeri debet a principali *L. 5. de vulg.* Quin & portio accrescens eadem actione petitur, qua adscripta Duar. *Li. 2. de I. accr. C. 4.* Suev. *Li. 3. C. 2. cir. fi.* Alio autem longe sensu ius accrescendi sumitur in *pr. I. de Exher.* quando ex iure veteri, personis accrescebant, ac heredum numerum augebant: Ulp. *ti.* 22. §. 17. ubi scriptis heredibus aliquid decrescebat. Unde Theoph. *ibid.* vocat *μέρος ἀναλογον*, vid. Hot. *ad d. pr. & 8. Obs. 5.* Borch. *in d. pr. & in §. 1. de leg.*

2) Recte necessitas. Hæc enim ratio non tam convenit ad hoc quare accrescat, quam quare invitis. Quod autem accrescat ex voluntate est testantis, atque tacita scilicet præsumpta substitutione *L. 61. §. 1. verbis quasi substitutus de leg.* 2. Vasq. *Li. 3. de Succ. progr. in præfat. n. 1. 2. 5. 12. &c.* Nec tenuis hic tantum & obscura voluntatis suspicio, ut Duar. *Lib. 1. C. 1. & ad tit. D. de acq. her. C. 6. f.* 459. Nam testator eo ipso quod plures ad eandem rem vocat, ostendit malle se quidem omnes, quos coniunxit pariter rem pro genere coniunctionum, habere eo modo videlicet, quo possunt, non singuli in solidum, sed pro partibus indivisis. Sed in casum quo aliqui deficerent, malle coniunctos, prout quisque coniunctus genere propior, illorum partem acquirere, quam vel heredem, vel omnimodo disiunctos. Quanquam non ideo coniunctio efficiens caussa huius iuris, quod velle videntur Duar. *d. Li. 1. C. 1.* Lor. *ad L. 7. de R. I.* sed verius instrumentalis Suev. *d. Lib. 1. C. 4. p. 32. & seq. & Lib. 3. C. 1. p. 59.* Originem huius iuris ad Consultos mediæ Iurisprudentiæ refert Suev. *d. Li. 1. C. 3.* Proficisci ex *L. Papia*. Duar. *L. C. 1. arg. L. 5. de vulg.* ubi pars dicitur per legem vindicari, *iunct. epigraphe legis*, ante eam tamen in usu fuisse. Sane legem fuisse, quæ hoc ius sive induxerit sive a prudentibus inductam confirmaverit, probabilem puto. Nec rite tamen infert Duarenus. Si ex lege non ex iudicio testantis. Lex enim respexit ad probabilem coniecturam voluntatis defuncti, ac legislatorem permovit ratio voluntatis, eaque sola quidem in legatis ac fideicommissis. Vasq. *supr. d. n.* 2. (Quia enim ibi nulla necessitatis ratio cogit inducere ius accrescendi præter vel contra voluntatem testantis, cum legatarii iuris successores non sint, & pars deficiens non incommode heredem dominum habere possit. Omne id æstimandum ex testantis voluntate, ut inter quos voluit esse, inter eos solos sit, ut recte A. Fab 49. *Err. Prag. 1. & 4.* licet inde quædam, quæ minus probantur, inferat) coniuncta cum necessitate iuris in hereditatibus, per rationem ut *N. seq.* Unde apparet cum quæritur an ius accrescendi vetare possit testator, in legatis quidem hoc expeditum esse, cum nihil impediat, in hereditatibus autem magis esse ne liceat, cum obtingat non tantum invito heredi, sed etiam invito testatore. (tametsi si non vetet, censeatur eo volente) Vid. Vasq. *Li. 1. de Success. creat. §. 3. n. 6. & §. 10. n. 91. & Lib. 2. de Succ. prog. in præfat. n. 65. & Li. 3. præf. n. 17. & seq. & §. 23. n. 100. & n. 105.* Trentacinq. *de Subst. P. 1. C. 15. n. 13.* Duar. *Lib. 2. de I. accr. C. 14,* A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. Excipit Duarenus nisi per hoc non fiat testator ex parte intestatus. Dicen. Hoc qui contingat in difficili est. Forte species sic ponenda: A. & B. heres sunto, C. heres esto. Si A. deficiat, partem eius B. obvenire nolo. Hic enim fiet ut C. qui re coniunctus præferatur B. mistim coniuncto, propter dispositionem defuncti, quæ servanda, quoties salva ratione iuris potest. Putat Gomez. *1. Resol. 10. n. 10.* qui heredem unum ex re certa instituit, posse cavere ne reliqua bona ad eum perveniant, per *L. 9. §. 13. in fi. de her. inst.* sed tunc reduci rem ad caussam intestati, arg. *L. 16. de cond. inst.* ac legitimos teneri illam rem quasi tacite rogatos restituere, scripto veluti per fideicommissum relictam. Quod refellit A. Fab. 15. *Err. Prag.* 7.

V. Posterius huiusmodi: 3 neminem eiusdem hereditatis delatæ, quæ alium heredem non habeat, partem habere posse, partem repudiare: sed aut totam agnoscere debere, aut a tota recedere. *L.* 1. *L.* 2. *D. de acq. her. L. quidam in fin. C. de iur. del. L. sed si plures*, §. *filio*, *D. de vulg.*

VI. Quibus iunctis sic efficitur ea necessitas accrescendi, quam diximus. Aut enim necesse habet heres eam partem, quam agnovit, repudiare una cum cæteris vacantibus, vel deficientibus: aut deficientes cæteras una cum hac habere, & retinere. Agnitam repudiari ius non permittit. Restat igitur, ut una cum ea cogatur & cæteras admittere. Quam & rationem huius necessitatis in iure accrescendi Iustinianus reddidit in *d. L. unica*, §. *his ita*, ver. *& hoc nolentibus*, *C. de cad. tol.*

VII. Valet hoc ius accrescendi & cum unus tantum heres ad hereditatem vocatus est, & cum plures.

VIII. In uno herede; cum is aliquam partem hereditatis habere voluit. Qui ex asse ex testamento, aut ab intestato heres est, unam aliquam 4 partem hereditatis agnoscendo, statim in assem heres efficitur, ut est in *L. si ex asse. D. de acquir. her.* nempe quia unam adeundo, cæteras acquirit, si delatæ sint, ut est in *L. si solus*, in prin. *D. eod.* Acquirit autem, quia cæteræ, quæ alium heredem non habent, accedunt, & accrescunt quæsitæ ex definitione superiore. Neque hic interest, utrum heres semel sit ex asse institutus, an vero sæpius ex diversis partibus: *d. L. si solus*, *de acq. her.* & in diversis partibus, utrum ex omnibus institutus sit pure, an vero ex quibusdam pure, ex quibusdam sub conditione. Qui solus ex dimidia parte heres institutus est pure, ex altera dimidia sub conditione, si navis ex Asia venerit: hic ex pura institutione adierit, etiam pendente conditione alterius institutionis ex asse heres erit. *L. cum heres*, §. *ult. D. de acq. her. L. si quis ita scripserit*, 33. *D. de her. inst.* Cur ergo 5 non exspectatur in altera parte eventus conditionis? quia ut significatur in *d. L. si quis ita.* frustra exspectetur is eventus, ubi conditio etiam deficiens nihil obstet, quominus ea portio heredi acquiratur. Ut enim ea pars, conditione deficiente, non deferatur iudicio testatoris: attamen alio iure necessario accedit. Nam quæ alium heredem non habet, alteri iam quæsitæ ex superiore regula necessario accresceret.

IX. Sed hoc ita, ut adiicitur in *d. L. cum heres*, §. *ultim. de acq. her.* nisi hic heres in conditionalem partem habeat substitutum. Merito: nam hoc casu si conditio exsistat, portio illa altera alium heredem habet, & eum solum; cum, conditione institutionis deficiente, nunquam primus heres ex ea parte institutus fuisse intelligatur.

X. Diversum, si quis pure institutus sit ex pluribus partibus. Etsi enim hic in quibusdam habeat substitutum: tamen 6 quia partes omnes statim ei delatæ sunt, unam adeundo, continuo eodem illo accessionis iure omnes acquirit, *d. L. si solus*, *in pr. D. de acq. her.*

XI. Ne illud quidem interest, utrum is, qui exstitit ex aliqua parte heres, per se exstiterit, an per alium. Ut puta, pater & filius, qui in eius potestate erat, eodem

3) Ratio hæc genuina & proxima. Cur invitis accrescat. Cuius rationis ratio quoad hereditates (recte Vasq. *d. Lib.* 3. *de Successf. prog. in profat. n.* 2. non easdem rationes adaptari posse omnibus casibus) non inepte ponitur *in Leg.* 7. *de R. I.* Quam (sed fere pro ratione proxima) adserunt, cum vulgo DD. Matthæac. *Li.* 2. *de Via Iuris C.* 20. *n.* 12. Vasq. *d. n.* 2. Trentacinq. *de Subst. P.* 1. *C.* 15. *n.* 2. iungens regulam illam. Ne eadem hereditas eodem tempore a personis diversi gradus aditi possit, & P. Fab. *ad d. L.* 7. Sed cum adæquata non sit, nec hereditatibus legitimis, quæ æque hoc ius admittunt, conveniat, solidior est illa ac perfectior: Quia hereditas individua est, nec defunctus pro parte repræsentari potest. Quam non primus invenit A. Fab. 49. *Err. Prog.* 1. sed ante eum non tradidit tantum, sed & clate caposuit Duar. *Li.* 1. *C.* 2. Heres, inquiens, fictione iuris eadem persona habetur, ac defunctum repræsentat quasi adhuc vivere intelligatur. Uti igitur non potest fingi aliquis in natura esse aut vivere pro parte tantum, ita nec repræsentari, cum fictiones naturam imitentur. Et Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 27. Repræsentatio non potest fieri pro parte, quia ut naturaliter non potest homo vivus esse pro parte, ita nec haberi per fictionem. Dices. At deficiente uno ea scriptis, heres legitimus eam partem agnoscere, ac pro ea repræsentare potest. Itemque testamento non condito si ex pluribus legitimis unus repudiat, sequens gradu. Resp. Repræsentatio, quæ uniformis esse debet, qualitates diversas (succedendi ex testamento vel ab intestato, gradus proximioris vel remotioris) non recipit uti nec homo vivens, Gomez. *d. lo.* Et ut persona secundum idem, & ad idem diverso iure censeri nequit, sic nec hereditas repræsentans, sed eodem successionis genere repræsentare debet Suev. *Li.* 1. *de I. accr. C.* 2. Quoad legata vero in casibus, quibus invitis accrescit, ratio peti potest ex iis, quæ *infr. Li.* 8. *Cap.* 18. *Not.* 3.

4) Itemque si in re certa vel quota hereditatis unus scriptus, ubi omnia bona accrescunt si ea asse institutus esset. Putat tamen Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 9. subtilius dici hic non esse ius accrescendi, sed institutionem vi sua extendi, ut videatur in omnibus institutus, *L.* 1. §. 4. *de her. inst. & n.* 17. quando ea asse institutus adit ex parte, totum consequi non iure accrescendi, sed iure institutionis ex propria dispositione defuncti. Quia aditio, quæ pro parte fieri nequit, trahitur ad totum *L.* 1. *de acq. her.* Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. prog.* §. 23. *n.* 46. *& seq.*

5) Nam & alias substitutio iure accrescendi potior *L.* 2. §. *pen. D. de bo. poss. sec. tab.* cum substitutus magis enixa & expressa voluntate defuncti nitatur. Duar. *Li.* 2. *de I. accr. C.* 16. Suer. *de Usufr. accresc. p.* 38. vid. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. progr. in praef.*

6) Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 20. rationem, aliis relatis ac reiectis, reddit quod defunctus debeat repræsentari in totum uniformiter & cum eadem qualitate. Gradus autem institutionis & substitutionis diversi, &c.

dem testamento heredes instituti sunt. Si filius iussu patris hereditatem adierit ita, ut suam partem patri acquireret iure potestatis: placet, patrem & ex sua institutione statim heredem futurum. *L. si ego. D. de acq. her.* scilicet quia pater, quæsita filii parte, incipit solus heres esse ex asse.

XII. Sed spectatur præcipue ius accrescendi, & vim suam ostendit in pluribus heredibus, cum omnibus ex æquo ad hereditatem vocatis, si quidam deficiant, nihilominus deficientium partes accrescunt iis, qui suas agnoverunt. Ad quam speciem potissimum referuntur ii loci, quos supra indicavimus de iure accrescendi. *L. unica, §. his ita. C. de cad. tol. L. qui ex duabus. §. 1. D. de acq. her. L. si ex pluribus. D. de suis & leg. L. 3. §. ult. D. de bon. pos.* & similes. In his expeditior ratio iuris accrescendi, cum unus est tantum, qui portionem suam agnovit: obscurior, & plura continens, cum plures agnoverunt. De quibus scilicet hoc amplius quæritur, an portio deficiens accrescere debeat omnibus, & quatenus. Quamobrem ut res tota sit planior, de his distincte dicemus. Si unus est tantum, qui cæteris deficientibus partem suam agnovit: in eo de iure accrescendi brevis & expedita definitio hæc est. Qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus, & cum onere suo accipit. Extat in *L. qui ex duabus §. ult. D. de acq. her.* Illa verba, cum suo onere, adduntur in *L. unica, §. in his itaque, C. de cad. tol.* Ubi eadem sententia pluribus verbis explicata traditur.

XIII. Definitio diligenter tenenda, quæ in uno herede, qui partem suam agnovit, complectitur breviter partes omnes iuris accrescendi. Docet enim hæc quatuor, quibus hoc ius continetur. Primum quæ portio accrescat: secundum, cui accrescat: tertium, volenti, an invito: quartum sine onere, an cum onere adiuncto. Quæ singula qualia sint, & quid contineant, cognoscamus.

XIV. Primum ergo quæritur, quæ portio accrescat. Dicimus [7] deficientium coheredum partes. Deficere heres intelligitur, qui aut iam ab initio non exstitit heres, & spe eius acquirendæ excidit: aut ab initio heres factus, postea ab hereditate recessit se abstinendo, quibus ex caussis id facere concessum est. Prius extraneorum est: posterius suorum heredum se abstinentium, & extraneorum minorum viginti quinque annis, qui idem beneficio ætatis consecuti sunt. Deficit ergo extraneus heres, qui aut repudiavit hereditatem, aut morte, vel qua alia ratione impeditus est, quominus adiret. *L. si ex pluribus, D. de suis & leg.* Mortuus heres priusquam adiret, ideo deficit, quia hereditas non adita non [8] transmittitur ad heredes; atque ita & defuncto heredi, & heredi eius amittitur. *L. unica, §. in novissimo, C. de cad. tol.* Alia ratio impedit aditionem, & heredem excludit, si sub conditione institutus est, & conditio non exstitit.

XV. In [9] bonorum quoque possessoribus ii deficiunt, quibus eadem illa obstiterunt, quominus peterent bonorum possessionem: idest, qui vel repudiarunt ius suum, vel ante mortui sunt, quam peterent: hoc amplius & qui tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt. *L. 4. D. de bo. pos.* Et horum omnium portiones iuxta regulam propositam accrescunt iis, qui suas admiserunt. *d. L. si ex pluribus, de suis & leg. her. d. L. 3. §. ult. L. 4. & 5. D. de bon. pos.*

XVI. Sane si quibus hoc tributum iure, ut decedentes hereditatem non aditam, vel bonorum possessionem non agnitam transmittant ad heredes suos: hi non sunt dicendi deficere: nec eorum portio quasi deficientium iure accrescendi pertinebit ad coheredes: sed ut, si essent soli heredes, hereditatem ad heredes transmitterent: ita & si instituti sint cum aliis, eodem iure utentur, quod ipsis hoc ipso, quod ad hereditatem vocati sunt, tributum est. Et certe non potest dici deficere iure suo,

7) Etiam liberis delata bonorum possessione *L. un. C. Quan. non pet. part.* de quo vid. Mæsin. *ad d. L. un.* Donellus noster ad eamdem *in op. poss.* Duar. *Li. 1. de I. accr. C.* 14.

8) Vid. Peregrin. *de Fideicom. Art.* 9. Vasq. *Lib.* 3. *de Su c. progr* § 23. *n.* 103. *& infr. Cap.* 26. *Not.* 3.

9) Ius accrescendi transit ad heredes, si Primus heres decessit portione sua adita *d. L.* 9. Duar. *Li.* 2. *C.* 6. *L. un. §. his ita* 10. vers. *in his itaque in verbis etiamsi iam defuncti sint C. de Cad. toll §. ult. in fin. I. de SC. Orphit.* Ratio triplex affertur a Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 35. 1. Quia locus est rationi iuris accrescendi quæ *sup. Not.* 3. 2. Quia ius accrescendi respicit portionem aditam ac pars defecta illico solidatur, eiusdemque naturæ efficitur *L.* 33. *de Usuf.* sicuti alluvio unit unam partem cum alia. 3. Quia portio immediate ab ipsa lege delata transit ad heredes, licet non agnita per *L. edictis* 13 §. *ad heredes .. de I. fisci.* Sed an hoc speciale in herede heredis legitimi ac diversum in herede heredis scripti, post aditam suam portionem, ante delatam partem coheredis, defuncti. Quod arguere videtur *d. L.* 9. *de suis & leg.* Sed qui exacte perpenderit reperiet aliam caussam ibi constitui heredis scripti, non cuiusvis, sed qui coheredi substitutus, non quoad ius accrescendi, sed quoad ius substitutionis qua pars coheredis velut alia quædam hereditas capitur, ut exponit Cuiac. 12. *Obs.* 11.

suo, qui habet ius in hereditate adipiscenda, quod liceat transferre ad heredem. Ne illud quidem dici potest fieri posse, ut ea portio accrescat coheredi, quæ iure ad heredes morientis transfertur. Proinde si quis heres decedat intra annum deliberandi, nihil hic accrescet coheredi, qui prius partem suam agnovit, sed portio morientis transmittetur ad heredem eius. *L. cum antiquioribus*, *C. de iur. del.*

XVII. Similiter si pluribus filiis institutis, qui in potestate non erant, quidam hereditatem non adierint, unus, non adita hereditate, decesserit; non accrescet huius portio fratribus, sed transmittetur ad liberos filii demortui pro eo iure transmittendæ hereditatis, quod liberis datum est lege Theodosii. *L. unica*, *C. de his qui ante ap. ta. her. transf.* Neque in his, aut similibus caussis quidquam fit regula propofita repugnante: quia dicimus, in his heredem ita decedentem non deficere.

XVIII. Suus quoque heres, quem constat ab initio statim heredem existere, iure tamen prætorio deficere intelligitur, cum se abstinet. Sic enim recedit ab hereditate; nec minus ex hac abstentione illi tribuitur, quam si extraneus repudiasset. *L. necessariis*, *L. pro herede*, *§. Papinianus. illic*, *nam cum se*, *D. de acq. her.* Ideo placet, abstinentis se sui heredis portionem etiam coheredi sive suo, sive extraneo, qui suam agnovit, accedere, nempe eo iure, quo portio portioni accrescit, idest, iure accrescendi. *L. si duo*, *L. pen. & ult. D. de acq. her.* Volenti quidem semper accrescere constat, *d. L. ult. de acq. hered.* Non semper accrescit invito. Sed de eo postea suo loco ordine dicetur.

XIX. Quod suo heredi abstinenti se tribuitur iure prætorio, ut ne amplius habeatur pro herede: hoc idem eodem iure tribuitur heredi extraneo, qui adeundo heres exstitit, si beneficio ætatis in integrum restitutus est, ut sibi abstinere liceret, & se abstinuit. *L. necessariis*, *D. de acq. her. L. 1. C. si mi. ab her. se abst.* Ideo tanquam deficiente eo placet, eius portionem ad coheredem, qui partem suam agnovit, pertinere. Invitum quidem coheredem non cogi onus eius partis suscipere, scriptum, & constitutum est in *L. si minor*, *D. de acq. her.* sed hoc ipso declaratur, eam partem coheredi cedere, si velit. *L. 1. C. quo. & quan. iud.* nec vero potest illi volenti acquiri, nisi iure accrescendi. Sed invito non statim accrescit: quia nec necessarii heredis se abstinentis portio eodem casu invito accresceret. De quo postea.

XX. Secundo loco quæritur, deficientium portio cui accrescat. Dicimus non coheredi eius, qui heres exstitit: sed generaliter ei, qui in ea hereditate ex aliqua parte heres exstitit. His verbis, & quibus portio deficiens non accrescat, & quibus accrescat, declaratur. Exigunt hæc verba, ut cui accrescere quid volumus, heres exstiterit: id est, in summa, portionem iam ei quæsitam volunt, cui aliæ accrescant iuxta superiorem sententiam Papiniani. Et ita est. Ne coheredi quidem, qui suam partem non agnovit, quidquam potest accrescere; nedum alii, ad quem nulla pars hereditatis pervenit. *d. L. si ex pluribus*. *D. de suis & leg. her. d. L. unico*, *§. his ita*, *C. de cad. tol. d. L. 3. §. ultim. de bo. poss.* Quinetiam hæc verba, qui heres exstitit, cum effectu accipimus; ut qui heres exstitit, etiam manserit, quo is portionem, cui quid accrescere dicimus, obtineat. Ideo si heres institutus hereditatem adiit, sed rogatus a testatore restituit, placet, nihil ei debere accrescere; quia rem non videtur habere, quam restituit. Idemque est, si certum sit, eum restituere totum debere: puta si tacite rogatus sit restituere. [10] *L. si totam*. *D. de acq. her.* Efficitur hoc senatusconsulto Trebelliano, quo heres restituta hereditate perinde habetur, quasi heres non esset, translatis in fideicommissarium actionibus. *L. 1. D. ad Treb. §. restituta. Inst. de fid. hered.*

XXI. Sed ut superiora verba eum exigunt, qui ex aliqua parte heres exstiterit, eamque partem obtineat: ita dum vere exstiterit, & obtineat, nihil requirunt amplius, ut locus sit iuri accrescendi. His verbis continentur primum quidem heredes ipsi, qui primo loco vocati sunt ad hereditatem. De quibus nemo dubitat, quin si hereditatem adierint, his deficientium portiones accrescant. *d. L. si ex pluribus*, *de suis & leg. her. d. L. unica*, *§. his ita*. *C. de cad. tol.*

XXII. Eodem loco sunt & qui vice heredum habentur, ut honorum possessores, qui bonorum possessionem agnoverunt. *d. L. 3.*

10) *L. 65. L. 70. pr. de V. S. L. 194. de R. I.* quia cum repræsentatio duret etiam adita hereditate, nec in secundo tertiove successore extinguitur, Gœd. *in d. L. 65. n. 1.* vid. & Menoch. 4. *Præsumpt.* 70. & quando dispositio loquens de herede, intelligatur de primo, quando ad ulteriorem extendatur Tiraq. *Tr.* le mort saisit le vif. *P. 2. Dec. 5. tota.*

L. 3. §. *ultim.* *D. de bon. pos.* Proinde & ii, quibus restituta est ex [11] fideicommisso hereditas. *L. Papinianus*, 43. *L. antep. D. ad Treb.* Nam & hi hactenus habentur heredis loco. *L. postulante*, 44. §. *ultim. illic*, *nam & quodammodo*. *D. ad Treb.*

XXIII. Sed continentur amplius omnes, etiam qui primo, & vero herede adeunte, per eum heredes exstiterunt, dum per eum ipsis quæsita est hereditas. Quo in numero sunt [12] heres heredis; & pater per filium, aut dominus per servum quæsita hereditate. Qui suam partem agnovit heres, si antequam coheredes deficerent, decesserit; deficientibus postea coheredibus, ius accrescendi ad heredes defuncti pertinet. *d. L. si ex pluribus. D. de suis & leg.* Quo iure, cum hi non fuerint deficientium coheredes? Iure portionis iam quæsitæ, quæ decessori prius quæsita, postea ad heredes eius cœpit iure hereditario pertinere. Iure hoc, inquam, quod & ipsi ex ea parte heredes exstiterunt: non quidem recta, sed per decessorem suum, dictante hoc regula iuris antiqui, heres heredis, heres quoque est testatoris. [13] *L. ultim. C. de her. inst. L.* 3. *D. de her. pet.*

XXIV. Similiter si filius familias cum aliis testamento extranei sit heres institutus, & is iussu patris portionem suam adierit, quæ patri quæsita est per filium, dicemus, cæteris coheredibus filii postea defi-

11) Sed Cui. 12. *Obs.* 13. *d. L.* 83. accipit de eo, qui tacitam fidem accommodavit partis suæ incapaci restituendæ, cui Lex veluti indigno hereditatem eripit. Et ratio cur huic ius accrescendi negetur A. Fab. 50. *Err. Prag.* 5. *pag.* 1209. quia qui legibus fraudem facere voluit, non potest a lege pro herede haberi in eo ipso, in quo fraudem facit. Quær. An ius accrescendi ad emptorem hereditatis transeat? Quod tum per *d. L.* 83. verba, *quia rem non videtur habere*, tum aliis rationibus adstruunt, Duar. *Lib.* 2. *de i. accr. C.* 6. Robe. *I.* 3. *Animadv.* 12. *&* 3. *ad not. Merc.* 12. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 7. *&* 8. Sed contra eos stat recepta aliorum opinio. Vid. Cuiac. 12. *Obs.* 12. *&* 3. *not. Merc.* 10. Coras. *ad L.* 6. *C. de impub. Subst. n.* 19 Gomea. 1. *Resol.* 10. n. 44. Vasq. a se dissentiens *Lib.* 3. *de success. progr.* §. 21. *n.* 63. *& seqq.* Forst. 1. *de Succ.* 42 *n.* 15. Bron. 2. *Ass.* 59. Fach. 5. *Contr.* 101. *&* 10. *Contr.* 69. A. Fab. 50. *Err. Prag.* 5. Io. Suev. *Lib.* 2. *C.* 2. Rationes potiores, tum in *L.* 2. §. 1. *de her. vend. in f.* tum quod hereditatis portio ipso iure manet apud hereditatem nec a persona illius separari potest, tum quod emptor nunquam a testatore coniunctus deficienti, tum quod (ratio Vasquii) ius accrescendi etiam onus est obtingens invito, nec tantum commodum. Quare vendendo id effugere non potest, qui partem suam adiit. Reliqua ex auctoribus petantur. Facit huc quod ius accrescendi ultimis voluntatibus proprium, nec locum invenit in contractibus, ut melior pars interpretum Duar. *Lib. Cap.* 15. quia nullæ leges, quæ de iure accrescendi loquuntur de contractibus, uti nec *L. un. C. de cad. toll.* quæ de eo tota ex professo disserit, & in contractibus imputandum est culpæ alterius, qui non sibi cavit apertius. Quod si caverit, servanda conventio veluti L. contractus. Et rationes tum quæ in hereditatibus, tum quæ in legatis, deficiunt. Iminu & rationes iuris repugnant. Accrescit enim quod uni repudiatum aut alia ex caussa peti nequit Cui. *ad L.* 64. *de Contr. empt.* Vasq. *Lib.* 3 *de Succ. progr. in præfat. n.* 5. *& Li.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 117. *& seq.* ubi novis, ut præfefert, rationibus probat, nec ius accrescendi esse in contractibus, quia non vacat portio incapacis, cum dominium ante traditionem non transeat, nec ius non decrescendi: quia, inquit, aut sunt mistim coniuncti, quibus eadem res promissa ex. g. *A. & B. fundum promitto*, & partes ab initio datæ, ideoque neuter altero deficiente solidum suo iure occupat. Aut re tantum ut *A. fundum dono*, & *B. fundum dono*, ac non est ideo, quia partes sibi per concursum non faciunt, sed uni res debetur, alteri æstimatio per *L.* 15. *C. de R. V.* Deinde. In testamento accrescit ex tacita voluntate concedentis, qui censetur maluisse rei partem vacantem habere coniunctum quam heredem. In contractibus nemo dicet promittentem maluisse partem alterius stipulantis ad alium pervenire, quam apud se manere. Sed & argumenta huius ac adversæ sententiæ refert & expendit Io. Suev. *Lib.* 2. *de I. accresc. C.* 2. quem vide. Obiic. maxime *L.* 64. *D. de Contr. empt.* Sed respon. decisioni illi non caussam dat ius accrescendi, sed ius in ipsa L. habetur, inutilis adiectio extranei Hot. 1. *Amic.* 24. Persona Titii supervacua est pro non nominata, Suev. *de Usufr. accresc. pag.* 5. ac ita ubvenit pars Titii nominata iure emptionis, quia eum intentio ementis sic præsumenda sit, qualis de iure esse potest, scire emptor debeat per LL. alteri emere non licere, tota emptio ex persona illius cœpisse videtur, Vasq. *d.* §. 10. *n.* 119. *& seq.* Accedit interpretatio æquitatis in iudicio bonæ fidei Egu. Baron. *in* §. 8. *I. de legat.* cum utrique emptori & venditori id expediat ob communionis incommodum, Duar. *d. C.* 15. *in fin.* Cuiac. *ad d. L.* 64. ne si dividatur contractus alterutro invito, illi fiat iniuria, aliter non contracturo. Io. Suev. *d. Lib.* 2. *C.* Aliud in stipulatione *L.* 56. *pr. L.* 110. *pr. de V. O.* vel quia stricti iuris, Cuiac. *d. loc.* vel quia emptionis natura individua est & uno pretio constat *L.* 139. *de V. O.* In stipulatione vero summarum, quot summæ tot stipulationes, *L.* 29. *de V. O.* ut belle Hot. 1. *Amic.* 24 Hopper. *Lib.* 3. *ῥιθανῶν*, *pag.* 89. *ad de* Pac. 3. *Quæst.* 60. Obiic. *L.* 5. *D. comm. præd.* Resp. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 1. *&* 3. *& seqq.* huiusmodi distinctionem in hac quæstione facit. Aut res mere individua est & locus fit iuri accrescendi etiam in contractibus lucrativis; ut si mihi & Titio servitus promissa *d. L.* 5. Aut res dividua & tunc non habet locum ius accrescendi in caussa lucrativa *d. L.* 110. *de V. Obl.* præterquam in liberalitate principis. *L. un. C. Imp. liberal. soc.* (in qua & ius accrescendi ponit Duaren. *Lib.* 1. *Cap.* 16. Sed rectius Io. Suev. *Lib.* 2. *de Iur. accresc. C.* 2. *p.* 87. non hic esse ius accrescendi sed largiorem interpretationem principis) habet in caussa onerosa, *d. L.* 64. *de contrah. empt.* Sed fatetur tandem Gomez. *n.* 4. nec hic in *d. L.* 5. proprie esse ius accrescendi, quia ob individuam servitutis naturam non est pars, quæ dici possit accrevisse; nec ius non decrescendi (quod tamen vult Eman. Suar. *in Annotat. ad Gomez. ib. lit. B.*) quia illi locus in una re relicta. Servitutem autem pluribus promissa, non est una servitus, sed plures, in persona cuiusvis propria & distincta. In unione tamen prolium, quam vocant, ius accrescendi recte statuitur Io. Suev. *l. L.* 2. *C.* 2. *p.* 83. *& seqq.* verum non ut in contractu, sed ut in successione, licet illa per contractum in consequentiam inducatur. Sicuti in adoptione, cui valde affinis illa unio, adoptivi succedunt (& inter eos etiam ius accrescendi) non tanquam ex adoptionis conventione, sed tanquam liberi effecti, Suev. *d. loc.* Cæterum in exheredatione non est ius accrescendi, quia non, uti institutio, est habitus sed privatio & sic nihil. Quare nec augeri potest, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 14. n. 6. Nec in testamento militis *L.* 37. *de testam. mil.* de quo vid. A. Fab. 71. *Err. Prag.* 9. *&* 10. *&* 72. *Err.* 1. *& seqq.*

12) Olim autem ex *L. Papia* deficientis, ob incapacitatem, pars fisco obveniebat, ceu caduca. Ulp. *tit.* 24. §. 12. *& seq.* Et hinc Iurisconsulti ad interpretationem *L. Papiæ* de coniunctis disseruere; sed Iustinianus caduca sustulit *L. un. C. de cad. toll.* Duar. *Lib.* 1. *C.* 1 2. De triplici modo, quo olim deficiebat, quando pro non scripta, in caussa caduci, vere caduca, vid. *d. L. un.* §. 2. 3. 4. Duar. *Lib.* 1. *C.* 18. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 3. *& seq.* Forst. 2. *de Success. ab int. Cap.* 11. Quid si deficiat pars ope exceptionis? Duar. *Lib.* 1. *C.* 19. contra ID. vulgo vult & hic accrescere per *L. nihil interest* 112. *de R. I. &* Fachin. 4. *Controv.* 96.

13) Hine vulgo transmissionem potiorem esse iure accrescendi, vid. Duar. *Lib.* 2. *C.* 17.

deficientibus, horum portiones patri accrescere: quia & hic per filium exstiterit ex ea parte heres, & quamvis non iudicio defuncti; exstiterit tamen heres. *L. qui liberis*, *§. ult. D. de vulg.* Quod nunc solum quærimus. Eiusque sententiæ argumentum est in *L. si ego. D. de acq. her.* ubi pater hereditate quæsita per filium sic habetur heres, ut reliquæ partes hereditatis, quæ alium heredem non habent, statim invito ei adiiciantur.

XXV. Ex his potest liquere quam verum sit illud veterum de iure accrescendi, in eo portionem portioni accrescere, non personæ. Plane hic portio deficientium coheredum non accrescit personæ alius coheredis, cum etiam si omnibus aliis, non adita hereditate, mortuis, aliquis sit superstes, non eo magis ei quidquam accrescat, si portionem suam non quæsivit. Contra portio vere dicitur accrescere portioni ideo, quod si quis aliquam portionem habet, ex qua heres aut per se, aut per alios exstiterit, ei portioni aliæ partes deficientium coheredum statim accrescunt, ut docuimus.

XXVI. Tertio loco quæritur, deficientium partes ei, qui suam partem agnovit, volenti accrescant, an invito. Dicimus invito, &, ut est apud Iustinianum, nolenti, & ipso iure. Scilicet quia ius cogit eum, qui unam partem hereditatis habet, reliquas deficientis admittere, ut diximus. *d. L. unica*, *§. his ita*, ver. *& hoc nolentibus*, *C. de ead. tol.* Quod si invito, multo magis ignoranti. *L. heredi cum postume*, *D. de acq. her.* Si ipso iure, accrescit, & sine nova aditione. *L. si solus*, in prin. & fi. Et hoc ius perpetuum est deficiente ab initio herede extraneo, quandocumque deficiat; ut scilicet coheredi, qui suam partem adivit, invito accrescat portio deficientis, qui heres non exstitit, sive hic defecerit prius, quam ille alter portionem suam adiret, sive postea. Nihil enim hic excipitur, nisi in herede postquam heres exstitisset se abstinente. *L. cum hereditate*, *D. de acq. her.* De quo iam dicam. Ergo in suo herede, qui postea se abstinet, distinctio adhibetur. Nam si hic ante, quam coheres hereditati alligetur, se abstinet, deinde coheres, aut suus immiscuit se, aut extraneus adivit, idem iuris est, quod supra. Scriptum est enim in *L. si duo*, *D. de acq. her.* hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat. Quo significatur partem deficientem etiam invito ei cum suo onere accrescere. Et additur ratio huiusmodi, quia sit, quod illi imputari possit, qui sciens cæteras partes iam alium heredem non habere, eoque qui unam habeat, necesse esse, ut omnes habeat, videatur hac conditione suam agnoscere: idest, quia videatur volens unius partis aditione sese hereditati subiicere; cum sciat omnes partes esse coniunctas; & nullum alium heredem habere.

XXVII. Quod si coheres prius hereditatem adivit, aut suus se immiscuit, deinde alter, qui suus erat, se abstineat: placet, huius [14] portionem coheredi, qui prius suam partem agnovit, volenti accrescere, [15] invito nequaquam. *L. cum hereditate*, *D. de acquir. her.* Cuius differentiæ hæc ratio est, quod nisi sit, quod coheredi, qui suam partem agnovit, possit obiici, cur videatur etiam alteri portioni deficientis heredis necessarii se subiecisse, non est æquum, ut invitus eam admittere cogatur. Postquam enim necessarius heres exstitit, quod fit statim, & ipso iure, hereditas ei quæsita desiit esse hereditas, & cœpit fieri patrimonium eius heredis. *L. sed si plures*, *§. filio*, *D. de vulg.* Portio autem eiusdem hereditatis sola accrescit, non etiam patrimonium heredis, quod defuncti esse desiit. Sed & accrescere solum debet portio deficientis coheredis. *d. L. qui ex duabus*, *§. ultim. D. de acquir. hered.* Suus autem heres iure civili nunquam deficit. Non enim desinit esse heres, qui semel exstitit, ne suus quidem, quamvis se abstineat. *L. cum quasi*, *§. sed et si quis*, *D. de fid. lib. L. ait*, *§. sed quod Papinianus*, *D. de mi.* Nec ad rem pertinet, quod iure prætorio licet suo heredi abstinere, ut non minus inde consequatur, quam si extraneus repudiasset, ut prius dixi. *L. necessariis*, *L. pro herede*, *§. Papinianus*, *D. de acq. hered.* Beneficium hoc quidem est prætoris: sed beneficium tamen, quod non debet alteri nocere. Nam hac lege beneficia tribuuntur. *L. nec avus*, *C. de eman. lib.*

XXVIII.

14) Deficit regulariter pars delata non acquisita. Sicut enim substitutio expirat aditione, ita & ius accrescendi; arg. *L. 61. §. 1. de leg. 2.* Exceptio una est in usufructu; vid. *Lib. 10. C. 23.* Alia in *d. L. 61.* Alia in *Nov. 1. C. 1. §. 1.* quando heres privatur hereditate, quia non paruit voluntati defuncti. Alia item querela inofficiosi *L. 23. de inoffic.* Duar. *Lib. 1. C. 21.*

15) Quæ ratio vid. *supr. Not. 3.* Male quidam eam ponunt in oneribus hereditariis, quasi præiudicium fiat creditoribus, hereditate ex parte adita. Quidni enim dari posset bonis curator, qui debita secundum vires hereditarias solvat vid. Gomez. 1. *Resol. 10. n. 27.* Aliqui tamen casus quibus non invito accrescit, ut in *d. L. 61. & d. Nov. 1. C. 1. §. 1.* item hereditate per servum domino delata *in L. 80. §. pen. & ult. h. t. de acq. her.* Duar. *Lib. 2. C. 1.*

XXVIII. Sane si quid sit, quod possit coheredi eius qui se abstinuit, obiici, cur videatur etiam portionem abstentione omissam voluisse suscipere: hanc habebit; & sibi imputet, qui semel voluntate sua admisit. Quod accidere diximus in eo coherede, qui sciens iam necessarium heredem se abstinuisse, & propterea eam partem vacare, postea partem suam adivit, aut se bonis immiscuit. At de eo qui ante abstentionem necessarii heredis id fecit, nihil tale dici potest. Cum enim sciret, necessarium heredem iam heredem esse factum, ut qui ipso iure heres exstitisset: caussam habuit, cur putaret divisam iam esse hereditatem, ut vere divisa fuit, eoque putaret se ad solam partem, ex qua institutus erat, accedere, nec cogitaret quidquam amplius habere. Et quamvis necessarius heres potuit se abstinere postea: tamen neque coheredis culpa est, si non [16] divinavit id ita futurum, cum id incertum esset, nec quod factum est contra id, quod erat in præsentia, nocere ei debuit. Recte igitur visum est hoc casu, sui heredis abstinentis se portionem non debere accrescere invito coheredi.

XXIX. Et ne hic, dum unum incommodum vitamus, incidamus in aliud: id est, ne dum hic consulitur coheredi, faciamus contra regulam iuris, qua placet neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, & partem quæ alium heredem non habeat, repudiare. *d. L. 2. de acquir. hered. d. L. sed si plures, §. filio, de vulg. d. L. quidam in fin. C. de iur. del.* cautio adhibita est in proposito, exstatque in *d. L. cum hereditate, de acquir. hered.* Conditio scilicet defertur heredi, qui suam partem agnovit, ut aut totam hereditatem agnoscat, aut a toto recedat. Et ideo si suam partem retinere vult, admittat etiam abstinentis coheredis portionem. Quod si illam habere recusat, ut onerosam; licet illi: sed hac conditione, ut suam quoque quam prius adierat, repudiet, ut sic iuxta regulam superiorem, aut totum habeat, aut nihil. Et ita, ut ibidem adiicitur, qui per se suam portionem semel repudiatam repudiare non potuit, per portionem accrescentem consequitur, ut possit, ne accessio illi noceat, quod est iniquum. Et tamen quia hoc totum eo spectat, ne, ut dixi, alterius partis accessio eum oneret apud creditores eius portionis: bene adiectum est in *d. L. cum hereditate, de acq. hered.* Si creditores dicant, se contentos esse illius portione, non posse eum portionem suam recusare. Merito: quoniam cessat illud incommodum, propter quod fiebat ei potestas partis suæ omittendæ: quo cessante, priori sententiæ locus esse non potest. *Arg. in L. quod dictum. D. de pact. L. de eo. & L. seq. D. de iud.*

XXX. Quod iuris est in portione necessarii heredis se abstinentis: idem esse intelligendum est in portione heredis extranei minoris, si postquam adeundo vere heres exstitit, in integrum restitutus est, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur. Idque ita constitutum esse traditur in *L. si minor. D. de acq. her.* In quo cum eadem sit ratio per omnia, quæ in suo herede se abstinente, dictum id esse accipere debemus, cum ea distinctione, quam supra in suo herede retulimus.

XXXI. Postremo quæritur, utrum portiones deficientium sine onere accrescant, an cum onere. Dicimus cum suo [17] onere tum æris alieni, tum legatorum, & fideicommissorum, quæ a deficientibus relicta erant, ut expressum est in *d. L. unica, §. his ita, ver. in his itaque C. de cad. tol.* Ex quo rursum intelligitur, quam vere dixerimus, ius accrescendi, quod partem hereditatis iam quæsitam sequitur, non solum eius partis commodum, sed etiam incommodum continere. Commodum in bonis, & rebus ipsis, quæ accedunt; incommodum in onere his ipsis bonis adiuncto; quod & ipsum illi parti coniungitur.

CAP.

16) Ita & Donellus noster *ad L. un. C. Quan. non pet. part.* vid. & Duar. *Lib.* 2. *C.* 1. & qui multa contra DD. disputat A. Fab. 50. *Err. Prag.* 8. *&* 9.

17) Quia gravamen magis videtur adpositum hereditati quam personæ. Duar. *Lib.* 2. *Cap.* 2. Gomez. 1. *Resol.* 19. *n.* 43. vid. & *infra Lib.* 8. *C.* 29. *Not.* 6.

C A P. XIII.

Quale sit ius accrescendi in pluribus heredibus, quorum plures quam unus, portiones suas agnoverint, uno, aut pluribus aliis deficientibus. In eo proprie duo hæc quæri: An quæ hic deficit portio, accrescat semper omnibus, qui heredes exstiterunt, an non semper. Et si quando accrescit pluribus, quatenus id fiat. Ius de utroque expositum, & in eo de tribus generibus coniunctorum.

De pluribus portionem suam agnoscentibus duplex quæstio, & quæ nam. I.
Quo modo definiatur prima. II.
Quo modo altera. III.
Coniuncti dicuntur qui ad eandem hereditatem, aut rem vocantur. IV.
Coniunctorum tria genera. V.
Re tantum coniuncti *dicuntur, qui ad eandem sive hereditatem, sive rem vocati sunt disiunctim; qui iidem, quod oratione disiungantur, etiam disiuncti vocantur.* VI.
Coniuncti re, & verbis *sunt, quos & nominum, & rei complexus iungit.* VII.
Coniuncti verbis tantum, *dicuntur qui eadem ratione ad eandem hereditatem vocantur additis his verbis:* æquis partibus. VIII.
Quid inter re, & verbis coniunctos, & coniunctos verbis tantum, intersit. IX.
Si omnes coniuncti sunt, aut omnes disiuncti, deficientium portionem accrescere omnibus, qui suam partem agnoverunt. X.
Si promiscue coniunctim, disiunctimque instituti, deficientis disiuncti portionem omnibus; coniuncti, solis coniunctis accrescere. XI.
Hæc exemplis declarantur. XII. seqq.
Verbis tantum coniunctum in portione secum eodem genere coniuncti præferri non re tantum, sed & re, & verbis coniunctis. XV.
Incidere sententiam hanc in duas reprehensiones. XVI.
Vere esse coniunctos, quos verbis tantum coniunctos dicimus. Argumenta quædam, ac loca, quæ huic sententiæ contraria videantur diluuntur. XVII. seqq.
Inter verbis tantum coniunctos ita est ius accrescendi, ut, uno ex his deficiente, solus, qui secum eodem modo coniunctus esset, admittatur. XXV.
Quidquid hic accrescit, si quidem vel coniunctim omnes, vel omnes disiunctim instituti sint, singulis non ex æquo, sed proportionibus hereditariis accrescit. XXVI.
Si permistim instituti sint disiuncti, & coniuncti, hi unius personæ vice funguntur. XXVII.
Ius hoc etiam inter heredes legitimos locum habet. XXVIII.

I. SI plures sint heredes, qui portiones suas agnoverint, si qui sunt, quibus portio deficientium accrescet, in his eadem omnia servantur, quæ obtinere diximus in uno, qui solus partem suam admiserit. Sed in his prima hæc quæstio est huius generis propria, utrum portio deficiens accrescat istis omnibus: sequens altera si accrescit pluribus, quatenus accrescat, utrum ex æquo, an aliter.

II. Et de utroque exstat definitio Iustiniani in *d. L. unica*, *§. his ita*, *C. de cad. tol.* in hanc sententiam, ut si omnes heredes [1] coniuncti sunt, seu omnes coniunctim instituti; unius deficientis portio accrescat omnibus, qui suas partes agnoverunt: idque non ex æquo, sed pro hereditariis portionibus. Idem iuris sit, si omnes disiuncti sint, seu omnes disiunctim instituti.

III. Quod si permisti sint coniuncti, & disiuncti: idest, omnes ad hereditatem vocati ita, ut quidam coniunctim instituti sint, quidam disiunctim, & separatim: fit hæc distinctio, ut, uno ex coniunctis deficiente, eius portio solis coniunctis, qui here-

Tom. II. Hh

1) Coniuncti sunt quibus eadem res eodem successionis genere relinquitur, vid. Duar. *Lib. 1. de Iure accresc. C. 5.* Io. Suev. *Li. 2. de Iur. accresc. C. 3.* Nec ius accrescendi est inter eos, qui diverso successionis genere, vel ex diverso iure succedunt *L. 16. Quib. mod. us. amitt. L. 6. de bon. possess.* Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 16. Vasq. *Lib. 3. de Success. progr.* §. 23. *n.* 86. Suev. *d. Lib. 2. Cap. 1. in fin. & Cap. 3. initio.* Quod tamen perpetuum non esse contendit A. Fab. 50. *Err. Pragm.* 7.

heredes exstiterunt, accrescat: uno deficiente ex disiunctis, eius portio accrescat omnibus.

IV. Non potest hæc definitio intelligi, nisi cognoverimus, qui sint, quos coniunctos constitutio vocat, quos disiunctos: nec ius superius cognosci, quale sit, nisi exemplo opposito res explicetur. Hinc cum idem ius esset apud veteres, incertius quidem, quæ res materiam præbuit superiori definitioni Iustiniani; idem tamen: res peperit quæstionem, quæ in scriptis eorum toties occurrit, de coniunctione, seu de coniunctis, dum hoc quæritur, quot genera coniunctorum sint, & quæ sint: tum quod ius sit singulorum in iure accrescendi. De eo igitur sic paucis habendum est. Coniunctos cum heredes, tum legatarios generaliter vocamus eos, qui ad eamdem rem vocati sunt vel testatoris iudicio, vel lege. Si sunt heredes; qui vocati sunt ad eamdem hereditatem. Si sunt legatarii; qui vocati sunt ad eamdem rem; seu quibus eadem res legata est, ut est in *§. si eadem. Instit. de leg.* Inter alios non est ius accrescendi. *L. pen. D. de us. acc.*

V. Ex his quidam sunt re tantum coniuncti, non etiam verbis, & oratione; quidam [2] etiam verbis. Et ex his, qui verbis coniuncti sunt, quidam sunt coniuncti re, & verbis, quidam dicuntur verbis tantum coniuncti. Quæ si coniungantur inter se, efficiuntur genera illa [3] tria coniunctorum nostris usurpata, ut alii sint re tantum coniuncti; alii coniuncti re, & verbis; alii verbis tantum. Exstat hæc divisio in *L. triplici. D. de ver. sign.* & *L. re coniuncti, 89. D. de leg.* 3.

VI. Re tantum coniuncti dicuntur, qui ad eamdem sive hereditatem, ut heredes, sive rem, ut legatarii, vocati sunt disiunctim: id est, [4] diversis orationibus, ut in heredibus: *Primus heres esto. Secundus heres esto. Tertius heres esto.* In legatariis hoc modo: *Titio Stichum do lego. Seio Stichum, aut eumdem Sthicum do lego*, d. §. si eadem *de leg.* In hac appellatione ambiguitas verbi, ne nos fallat, observanda est. Dicuntur enim illi & coniuncti, & disiuncti. Utrumque recte, prout hæc ad rem, aut ad verba referuntur. Si rem spectamus, ad quam vocati sunt, sunt coniuncti. Sunt enim coniuncti in eamdem rem, unde & dicuntur re coniuncti. Si spectamus orationem, qua vocantur, & verba, sunt [5] disiuncti, & separati. Sunt enim disiuncti verbis, cum cæteri verbis coniungantur. Et hinc in usu iuris cum in his, qui ad eamdem rem vocantur, aut inter quos agitur de iure accrescendi, nominantur aliqui disiuncti, & separati, hoc verbo *re tantum coniuncti* intelliguntur. *L. plane, 34. in pr. D. de leg. 1. L. unica, §. his ita, ver. sin vero. C. de cad. tol.*

VII.

2) Addunt DO. Coniunctionem legalem. Sic coniunctos faciunt plures dominos servi communis. Sed Vasq. *d. Lib. 3. §. 21. n.* 44. illam non coniunctionem esse scribit, sed communionem, cum ab ipsa lege coniuncti esse cogentur *L. 20. de leg.* 1. Et Rob. 1. *Sent.* 24. nec realem esse coniunctionem, quia partes adsignatæ, neque verbalem, quia non viriles. A. Fab. 49. *Err. Pragm.* 4. vult: non esse coniunctionem legis in *d. L.* 20. sed verbis coniunctos esse dominos servi. Quia cum servus ex persona sua sit incapax legati, necesse est intueri personam domini. Quare relinquens servo duorum, ambos dominos in relicta coniungit dominicis portionibus. Cæterum qui ab intestato lege vocantur non absorde lege coniungi quis dixerit, tametsi coniunctionis legalis Iurisconsultus nulla mentio, Duaren. *Lib. 1. de I. accresc.* C. 14. Unde & Io. Suev. *Lib. 1. de I. accresc. C. 4. cir. fin.* coniunctionem aliam legis esse, ut in hereditatibus legitimis, aliam hominis, ut in ultima voluntate.

3) Ita & Vult. *in §. ult. I. de donat. n.* 5. Coniunctionem aliam simplicem esse, & vel re tantum, vel verbis tantum, aliam mistam re, & verbis.

4) Quantumvis contiguis, ac proxime vicinis, immo etsi intercedat copula; ut A. heres esto, & B. heres esto. Vasq. *Lib. 3. de Success. progr. §. 21. n. 5. & n.* 41. ubi refert dissentientes. Sunt qui præterea ad coniunctionem realem duo requirunt. 1. Ut fiant partes per concursum, non si pluribus separatim legetur, hoc adiecto, quod singuli habere debeant in solidum. 2. Ut vocentur expressa voluntate defuncti, non legis dispositione vid. Vasq. *d. §. 21. n. 21. & seqq.*

5) *L. 1. §. 3. de Usuf. accresc.* Disiuncti sunt comparati videlicet cum cæteris, quia coniunctio hic tantum generalis, Duar. *Lib. 2. C.* 11. Suev. *Li.* 2. C. 3. *pag.* 100. Hos autem quia LL. disiunctos vocant, vult Bartolus non proprie coniunctos dici. Quod displicet Vasquio *d. §. 21. n.* 2. Sane diversi sunt a re coniunctis omnimodo disiuncti, quibus eadem, vel diversis orationibus, diversæ res relictæ, aut Titio & Seio singulos servos lego inter quos ius accrescendi non est. *L. 84. §. pen. de leg.* 1. Vasq. *Lib.* 1. *de Suc. progr. §. 10. n.* 114. Donellus noster *in Ep. ad Alb. Gent. in Op. post.* Sed an omnimodo disiuncti sunt, quibus eiusdem rei separatæ portiones diversis orationibus relinquuntur E. g. A. ex semisse heres esto, B. ex altero semisse heres esto? Ita volunt Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 25. *& n. 33. ac seqq.* si concurrat, inquit, omnino disiuncto aliquo modo coniunctus præfertur *L. 63. de her. inst. L. un. §. 10 vers. sin vero quidam C. de cad. toll.* Si vero omnes sint omnino disiuncti, deficientis pars omnibus accrescit *d. L.* 63. & Fab. 50. *Err. Prag. 7. & passim.* Omnimodo disiunctos in hereditate habere ius accrescendi, quia ibi est ea necessitate, non vero in legatis, ubi ex coniunctione. Sed Duar. *Lib. 1. C. 4. & C.* 12. non posse evenire in hereditate, ut coheredes non sint coniuncti. Legatarii possunt nullo modo esse coniuncti, si uni Stichus, alteri Panphilus, etsi eadem oratione, legetur. In hereditate autem, etsi partes a testatore adscriptæ, heredes omnes coniuncti, & ad eamdem rem vocati, quia partes sunt indivisæ, nec divisio ea facit ut res eadem non maneat *L. Mævius 66. §. 2. de leg.* 2. Idem est etsi plures ex certis rebus heredes scripti sint. Accipimus enim ac si æqualiter institutis illæ res cuique legatæ essent *L. 17. de her. inst.* Sed & in legatis partibus indivisis factis, non sunt plane disiuncti, ut Mævio partem fundi dimidiam, Seio dimidiam lego *L. 41. pr. de leg.* 2. quia confusa penitus unius portio cum altera; nec iste vel glebam unam sibi propriam adserere potest. A. Gentil. 1. *Lect. & Ep.* 4. Secus si divisæ partes, ut Mævio anteriorem partem fundi, Sejo posteriorem lego; quia fundus regionibus divisus plures efficit. Hereditas autem in partes divisas fundi nequit. Nec uti plures partes fundi, ita & plures hereditates facere licet, Vasq. *Li. 3. de Suc. progr. §. 23. n. 36. & seq.* Harum autem ignorationem errores peperisse scribit Duar. *d. Li. 1. C.* 5.

VII. Re, & verbis coniuncti sunt, qui ad eamdem hereditatem, aut rem [6] eadem oratione vocati sunt: &, ut Ulpianus definit in *L. triplici*. *D.* de verb. fig. *quos nominum, & rerum complexus iungit*: veluti, *Titius*, & *Mævius ex parte dimidia heredes sunto*: *Titio*, & *Mævio Stichum do lego*, d. L. triplici, §. *si eadem*. *Instit. de leg.* Quam varie autem eadem oratione in eamdem portionem hereditatis, aut rem coniungi aliqui possint, docet Ulpianus in *d. L. triplici*. Et in eo explicando is locus consumitur.

VIII. Verbis [7] tantum coniuncti sunt, qui eadem quidem oratione, & ad eamdem hereditatem, aut rem vocantur similiter, ut re & verbis coniuncti, sed additis his verbis, *ex æquis partibus*: hoc modo, *Titius*, & *Mævius heredes sunto* [8] *ex æquis partibus*: *Titio*, & *Seio fundum illum æquis partibus do lego*. Sic describitur hoc genus a Paulo in *L. re coniuncti*. *D. de leg.* 3.

IX. Itaque inter re, & verbis coniunctos, & coniunctos verbis tantum hoc solum interest, quod in re, & verbis coniunctis partes æquæ non exprimuntur a testatore, etsi has ille fieri vult; in iis, qui verbis tantum coniuncti sunt, exprimuntur: quæ differentia tacite notata est in *L. si duobus*, 16. §. *ult.* *D. de leg.* 1.

X. His generibus cognitis, redeo ad definitionem Iustiniani, & veterum. Si igitur omnes heredes ita instituti sunt, ut sint omnes re tantum coniuncti; aut omnes coniuncti re, & verbis; aut omnes verbis tantum: uno deficiente, portio eius accrescit [9] cæteris omnibus, qui suas portiones agnoverunt.

XI. Sin instituti ita permisti sint, ut quidam sint re tantum coniuncti, quidam re, & verbis, quidam [10] verbis tantum: hic

6) Magis vero coniuncti sunt, qui per nomen collectivum, quam qui per copulam, Vasq. *Li.* 1. *de Succ. creat.* §. 10. *n.* 154. Et sic interdum ex coniunctis eiusdem generis aliis coniunctiores, & cæteris potiores qui collectim vocantur. Ut: Titius & fratris mei filii heredes sunto. Hic Titius ad unum semissem, fratris filii ad alterum vocantur; ac licet Titius cum fratris filiis sit re, ac verbis coniunctus, tamen filii simul vocati, sunt magis coniuncti per nomen collectivum. Unde deficiente uno ex filiis fratris, pars eius fratribus solis accrescit, non vero Titio; Duar. *L.* 2. *C.* 9. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 31. Vasq. *Li.* 3. *de Success. progr.* §. 21. *n.* 33. *& seq.* ubi ait, filios in unam separatam dimidiam coactos coniunctiores esse sibi invicem, & re & verbis magis coniunctos, quam Titio; non vero verbis tantum coniunctiores, & re æqualiter coniunctos, ut Bartolus & DD. volunt; quia, ut posita verbali coniunctione, regulariter ponitur realis; ita & arctiorem verbalem sequitur realis arctior. Ex. gr. Titius, & fratris mei filii, & sororis meæ filii heredes sunto. Deficiente uno filio fratris, fratribus accrescat: nihil nec Titio nec sororis filiis. Deficientibus autem omnibus fratris filiis, Titio dimidia, & sororis filiis dimidia. Quod si ita scriptum, Titius heres esto: Fratris mei filii, & sororis filii heredes sunto: deficientibus omnibus ex sorore, accrescit solis fratris filiis utrinque coniunctis, non autem Titio tantum coniuncto.

7) Qui vocati eadem oratione sunt adsignatione, vel expressione partium, Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 24. licet non intercedat copula, quia non copula *&*, *que*, aut similis facit verbalem coniunctionem, sed unitas orationis plures honoratos complectens, *L.* 142. vers. *videamus a. de V. S.* Vasq. *Li.* 3. *de Succ. progr.* §. 21. *n.* 6. *&* *n.* 42.

8) Quia tametsi ad eamdem rem vocentur, aliter nec coniunctio ulla esset: tamen ea in partes dividitur, Duar. *Lib.* 1. *C.* 6. ex ipsius testatoris voluntate, ac dispositione, cum in mista coniunctione fiant a lege, non ab homine: vid. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 25. Vasq. *d.* §. 21. *n.* 37. Quibus vero diversæ res, licet eadem oratione relictæ, verbis coniuncti non sunt *L.* 84. §. 12. *de leg.* 1. Duar. *Li.* 1. *C.* 8. Nec igitur probe A. Fab. 49. *Err. Prag.* 3. verbis coniunctos describit qui eadem oratione vocantur ad res diversas. Verba enim *æquis partibus* facere, ut diversæ sint res, nec partem uni datam eamdem esse cum parte alteri data, tametsi indivisæ sint. Quibus occurrere licet ex Not. *supr. n.* 5. & ex Don. nost. *infr. h. Cap.* Diversitas partium indivisarum res diversas non efficit. Quod si divisæ sint partes, nulla coniunctio est, Gœd. *in L.* 142. *de V. S. n.* 8. nec recte Vult. *in* §. *ult. I. de don. n.* 6. in verbali coniunctione partes cuique non intellectu tantum, sed & corpore attributas esse. Quæ verba apta sint ad hanc coniunctionem, pete ex Duaren. *Lib.* 1. *C.* 8. Vasq. *d.* §. 21. *n.* 30. *&* §. 22. *n.* 2. regulam constituit: Posita verbali coniunctione, ponitur realis, atque ita mista, nisi per adiectionem æque, vel æquis partibus impediatur. Quod si partes inæquales licet indivisæ, adsignatæ verbis, coniuncti non sunt, quia non possunt illæ adscribi, nisi diversis orationibus. A. Fab. 49. *Err. Pragm.* nec tamen ideo disiuncti sunt, ut vult Faber, sed re tantum coniuncti.

9) Tametsi DD. inter re coniunctos ponunt ius non decrescendi, Vasq. *d.* §. 21. *n.* 51. *& seq.* P. Greg. 46. *Synt.* 11. *n.* 1. Rob. 2. *Sent.* 25. *in fi.* Math. 2. *de vig. I. C.* 20. *n.* 14. Vul. *in* §. *ul. I. de don. n.* 9. *per L. un* §. 11. vers. *Sin vero nemo*. ubi Imperator ipse a iure accrescendi distinguere videtur *C. de cad. toll.* ac ita proprie, & partite vocari inter legatarios, ac fideicommissarios, quibus singulis tota res relicta, nec partes nisi concursus fiunt, A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. *&* 4. Sed verbum decrescendi veteribus ICtis ignotum, qui accrescere dicant etiam quando non decrescit, Suer. *de Usuf. accr. pag.* 33. spectantes magis voluntatem testatoris, quam expressionem verborum. Duar. *Lib.* 1. *C.* 11. Nec quia ab initio re coniuncti partes non habent, ideo minus illis accrescit, cum non partium, vel solidi assignatio, sed voluntas testantium plures ad eamdem rem vocantis caussa sit iuris accrescendi. Nec simpliciter ex re coniunctis quisque habet solidum, sed si non alter concurrat. Quin imo in omni coniunctione ab initio solidum habetur. Nec Imperator *in d.* § 11. negat, re coniunctis simpliciter accrescere, sed eo modo, quod mistim coniunctis, vid. Io. Suev. *Lib.* 5. *de Iur. accr. C.* 5.

10) An inter verbis coniunctos ius accrescendi sit, anceps contentio est, ac quæstio, in qua pronunciare Prætori liceat, *non liquere* ut Ioan. Suev. *Li.* 2. *de I. accr. C.* 3. *pag.* 126. qui hinc inde hanc quæstionem disputat. Affirmant cum nostro Duar. *Lib* 1. *C.* 10. Egu. Baro *in* §. 8. *I. de legat.* Rob. 2. *Sent.* 25. Vult. *in* §. *ult. I. de don. n.* 9. *&* 10. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 32. Alb. Gent. 1. *Lect. & Ep.* 4. Gœd. *in L.* 142. *de V. S. n.* 10. Cuiac. 24. *Obs.* 34. *& in L.* 66. *de her. inst. & in d. L.* 142. *de V. S.* distinguit, ut si, testator affectavit brevitatem, inanis coniunctio sit *d. L.* 66. *de her. inst.* Si vero consulto consilio, & dedita opera coniunxerit, pariat ius accrescendi, ac tantum possit quantum duplex coniunctio, quasi tunc ex mente testantis etiam re coniuncti censeantur. Sed ius accrescendi verbis coniunctis negant Govean. *de iur. accresc. n.* 26. Rob. 2. *Sent.* 24. acerrime (sed si soli sint eiusdem rei ad diversas partes vocati, non si aliis permisti, ut infr.) A. Fab. 6. *Conj.* 1. *p.* 250. ne testatore liberaliores in re, quæ ex liberalitate proficiscitur demus totum cui testator disertis verbis non nisi partem dedit & 49. *Error. Pragm.* 4. in hereditate quidem admittit ius accrescendi cum ibi sit ex necessitate iuris, nec portio vacans alium habeat cui obtingat. At nunquam in legatis, per d. rationem & *per L.* 20. *de leg.* 2. *L. pen. de Usuf. accr.* item per *L.* 3. *Pr. de Usuf. accr.* qua probatur, toties iuri accrescendi locum esse, quoties concursu partes fiunt. Hic autem sunt ab initio, item per *L.* 34. §. 9. *de leg.* 1. quam de verbali coniunctione accipit, ut & *L* 16. *pr. de leg.* 1. Licet enim, ait, magis proprie coniuncti vox de re coniunctis prædicetur, tamen hic interpretatio alia, ut absurditas evi-

hic valet superior distinctio, ut uno ex his, qui re tantum coniuncti sunt, deficiente, eius portio cæteris accrescat omnibus, qui portiones suas quæsitas habent: uno autem deficiente ex cæteris, portio accrescat solum coniuncto.

XII. Sit autem hoc ius in hoc exemplo expositum, quo eodem Baro docte, & ad docendum appositissime usus est ad §. *si eadem. Inst. de leg.* Primus, & Secundus mihi heredes sunto. Tertius heres esto. Quartus heres esto. Quintus, & Sextus heredes sunto æquis partibus. In hoe exemplo licet observare tria ista genera coniunctorum. Primus, & Secundus re, & verbis coniuncti sunt, ut eadem oratione instituti non expressis partibus. Tertius & Quartus aperte re tantum coniuncti & ipsi inter se, & item cum cæteris; uti & cæteri cum his item re tantum coniuncti: quoniam & hi a cæteris, & cæteri ab his oratione sunt disiuncti. Quintus, & Sextus sunt coniuncti verbis tantum, utpote instituti eadem oratione additis his verbis, æquis partibus. De iure accrescendi inter istos quæritur, quorum deficientium portiones quibus accrescant, & quatenus. Eamus ordine per genera superiora, uti a nobis proposita sunt. Sic res commodissime intelligetur.

XIII. Sumamus primum re tantum coniunctos Tertium, & Quartum. Dicimus, si cæteris omnibus portiones suas admittentibus, solus Tertius repudiet, huius portionem pariter accrescere [11] omnibus. Scilicet quia ita reperietur cæteros omnes cum eo fuisse uno modo pariter coniunctos, nempe re tantum; ut nihil caussæ esse possit, cur hic unius ex cæteris, aliis præferatur. De Quarto non dubitatur. At Primus, & Secundus, Quintus, & Sextus in eadem caussa sunt. Primus quidem, & Secundus coniuncti sunt re, & verbis: sed inter se; cum Tertio, de cuius portione agitur, non sunt. Quintus, & Sextus coniuncti verbis; sed & hi inter se; cum Tertio non nisi re coniuncti, quippe omnes cum Tertio instituti diversis orationibus.

XIV. Sumamus secundo loco in eodem exemplo re, & verbis coniunctos Primum, & Secundum. Dicemus, Primo deficiente, ut maxime cæteri omnes coheredes portiones suas agnoverint, soli tamen Secundo re, & verbis coniuncto deficientis portionem accrescere: nulli præterea ex cæteris. Quippe qui ab his sint disiuncti; &, quod idem est, cum his sint re coniuncti tantum, non etiam re, & verbis. [12] Æquum sit autem eum, qui coniun-

evitetur. Et hoc esse idem 49. *Err. Prag.* 9. quod *in L.* 89. *de leg.* 3. verbis tantum coniunctus dicitur partes habere semper, id est omni casu, ab initio, & ex post facto; nec unquam totum, aut plus, quam adsignavit testator, consequi. Probabilis equidem hæc opinio, & rationibus adversis a Fabro probabiliter occurritur ut *N. seqq.* Communis tamen quoque opinio facile defendi potest. Negari enim potest, hic voluntatem testantis refragari, qui immo coniungendo, ac ad eamdem rem plures vocando, licet expressis partibus ostendit, velle se quidem ut singuli partes adscriptas habeant, sed si concurrant, ac ita quisque solidum habet ea voluntate defuncti sub conditione, si coniuncti non concurrant; Baro *ad* §. 8. *I. de legat.* Prædilectus certe videtur in eadem re verbis coniunctus præ herede, vel omnino disiuncto. Alias quis esset coniunctionis huius effectus, aut quid distarent sic coniuncti a re, & verbis separatis. Si sola orationis identitas hanc coniunctionem efficit, nec minus ad diversas res vocati habendi sunt, quibus partes unius rei æquæ ac indivisæ uno sermone relictæ, utique & quibus pariter duo diversa corpora legata, ex. g. *Caio, & Seio singulos servos lego*, verbis coniuncti erunt. Atqui sunt omnino disiuncti *L.* 84. §. *pen. de leg.* 1. Ad *L.* 20. *de leg.* 2. Resp. ibi plane nulla coniunctio, ut & verba ipsa convincunt, & quia partes non æquæ, sed dominicæ. Ad *L. pen. de Usufr. accresc.* Resp. noster. *Num.* 21. Ad regulam *ex L.* 3. *de Usufr. accr.* Resp. in omni coniunctione partes & concursu fiunt, *L.* 80. *de leg.* 3. & ab initio habentur, *L.* 34. §. 9. *de leg.* 1. diversa ratione. Re coniuncti ex verbis habent solidum, partes ex interpretatione voluntatis, quasi exceptione adiecta nisi concurrant. Verbis coniuncti partes habent ex verbis; ex voluntate solidum quasi exceptione adiecta, nisi alter non petat. Duaren. *Lib.* 1. *C.* 11. Baro *ad* §. 8. *I. de leg.* Donel. noster *infr. Lib.* 8. C. 20. Goed. *in L.* 142. *de V. S. n.* 10. Ioan. Suev. *Lib.* 1. *de I. accr. C.* 5. *p.* 45. *& seq.* Ad *L.* 34. §. 9. *de leg.* 1. Resp. non posse de verbis coniunctis maxime solis accipi. Quia cum indistincte loquatur de coniunctis, minime excludendi mistim coniuncti, qui coniunctiores cæteris. Ad *L.* 89. *de leg.* 3. Resp. semper, id est & ab initio, ex verbis, & ex post facto per concursum ex voluntate, conditione exceptionis deficiente.

11) Vid. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progr.* §. 22. *n.* 14. *& n.* 20. Sed ita nisi testatorem aliud voluisse liqueat, ut si ita: Titius, & fratris mei filii *æquo* heredes sunto. *L.* 13. *pr. de hered. inst.* vid. Duar. *Li.* 2. *C.* 9.

12) Quia nihil habent quod cæteris commune non sit, nullam habent prærogativam. Duar. *Li.* 2. C. 11. Suev. *Li.* 3. *de Iure accresc. C.* 1. *pag.* 150. Et de re coniunctis quoque loquitur *L.* 41. *pr. de leg.* 2. cum aperte dicat, *separatim* partes fundi & totum legatum esse, Cuiac. 24. *Obs.* 35. Don. noster *in Ep. ad* Alb. Gent. Vasq. *Li.* 3. *de Succ. progr.* §. 22. *n.* 1. *&* 2. (qui tamen in eo labitur quod in *d. L.* 41. Mævium, & Seium magis inter se coniunctos statuit, quam cum Titio: & Mævium præferri Titio, quia inter re tantum coniunctos sit locus prælationi, quando alii magis re coniuncti; quod directo adversatur *d. L.* 41.) qui & *d.* §. 22. *n.* 21. *& seqq.* varias, & variantes interpretationes *d. L.* 41. adfert. Nec Mævius, & Seius sunt verbis coniuncti, ut Foreat. *Dial.* 59. *n.* 6. Char. 2. *versf.* 14. quia non sola expressio partium requiritur in verbali coniunctione, sed & eadem oratio, &, ut prius ambobus simul, & semel legetur, deinde partes exprimantur. Don. *d. loc.* Fachinæ. 4. *Contr.* 98. Nec partes indivisæ realem coniunctionem impediunt: A. Gent. *in Ep. ad* Don. 1. *Lect. & Ep.* 4. vid. not. *supr. n.* 5. Nec re & verbis inter se disiuncti, cum Titio vero re tantum coniuncti, ut A. Fab. 49. *Err. Prag.* 8. Sic enim soli Titio accresceret. Replicat Faber, ideo & Mævium admitti, quia quando duobus re disiunctis, coniungitur tertius coniunctione reali, concursu illius fit, inquit, ut qui ab initio re & verbis disiuncti ex post facto reperiantur re coniuncti per revocationem ambarum partium, quæ singulis legatæ, ad eam solam, quæ cuique relicta erat. Ut hic Titii, qui tantum habere debet, quantum Mævius, & Seius, portio reducitur ad semissem: & Mævii, itemque Seii partes ad quadrantem; seu duo eorum semisses ad unum. Et sic Mævius & Seius re coniuncti fiunt, ac ad eundem semissem vocantur. Quare cum tempore, quo de prælatione quæritur, omnes re tantum coniuncti sint, pari iure utantur. Sed licet hæc argute dicantur, præposterum tamen videtur, concursum, caussam coniunctionis constituere; cum tamen eam efficiat ipsa testatoris dispositio, plures ad eandem rem eodem testamento vo-

iunctus sit utroque modo, præferri ei, qui coniunctus sit altero. Vel potius, quæ Iustiniani ratio est, & vera, quia coniuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, unde & partem coniunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant. *d. L. unica, §. his ita, ver. hoc ita tam varie, C. de cad. tol.*

XV. Veniamus ad verbis tantum coniunctos Quintum, & Sextum. Convenit Iustiniani definitioni superiori, ut in his dicamus idem, quod de iis, qui re, & verbis coniuncti sunt: ideft, ut si unus ex his defecerit, puta Quintus, huius portio accrescat [13] solum Sexto, ut coniuncto: ideft, verbis coniuncto, ut coniunctum in ea definitione accipere debemus. De qua sententia quominus dubitemus, hanc ipsam Paulus expressit in *L. re coniuncti, D. de leg.* 3. Sic enim scribit: *quod si re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non: quæstionis est, an coniunctus potior sit, & magis est, ut & ipse præferatur.* Hæc sic accipe, ut sit, ipse, de quo quæsitum est: ideft; verbis tantum coniunctus. Et ipse, ideft, ipse solum, ac non is, qui re, & verbis coniunctus est. Præferatur autem: nimirum omnibus aliis; quia cæteri deficienti non sunt coniuncti oratione, ut est is, qui verbis coniunctus est.

XVI. Sed incidit hæc sententia in duas reprehensiones. Una est, qua probatur, hos coniunctos non esse, eoque nec esse inter eos ius accrescendi; tantum abest, ut debeant hi in Iure accrescendi cæteris præferri. Altera, quæ efficit, etiam si maxime hi sint coniuncti: tamen absurdum esse eos præferri iis, qui, re & verbis coniuncti sint.

XVII. Ac videamus, dixerit aliquis, ne verbis tantum coniuncti absolute non sint coniuncti, quales nunc quærimus; quod & nonnullis visum est. Id quidem ipsa appellatio statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum coniuncti: item verbis coniuncti, non re. *d. L. triplici, d. L. re coniuncti.* Vel hinc statim efficitur, coniunctos non esse. Quibus eadem res relicta non est, sed diversæ, &, ut nunc loquimur, qui in eamdem rem coniuncti non sunt: quamvis his relictæ res sint eadem oratione, tamen non concurrunt: ideft, non sunt coniuncti, nec inter eos est ius accrescendi. *L. penult. D. de us. accr.*, quod in hoc exemplo, Titio, & Mævio singulos servos do lego, declaratur in *L. huiusmodi, §. penult. D. de legat.* 1. At tales sunt coniuncti verbis tantum, qui coniunguntur quidem eadem oratione, at in eamdem rem non vocantur; non denique re una coniunguntur, idque & verbum ipsum, & expressio partium singulis attributarum ostendit. Plane igitur non sunt coniuncti, non ii, inter quos ius accrescendi esse volumus. Et illud verissimum est, estque omni modo in iure accrescendi retinendum, nullos esse coniunctos, ad quos ius accrescendi pertineat, nisi qui re sint coniuncti: ideft, vocati ad eamdem rem, aut hereditatem. *d. L. penult. de us. acc.* Sed verbis tantum coniuncti qui dicuntur, iidem sunt & re coniuncti. Ideo maxime coniuncti. Nam, ut loquamur de heredibus: si qui instituantur ita, ut fiut ii, quos verbis coniunctos vocamus, constat, eos ad eamdem hereditatem vocari. Coniunguntur autem re omnes, quibus eadem res relinquitur: &, quod idem est, qui ad

to vocantis Duar. *Lib.* 1. *C.* 5. Concursus non efficit coniunctionem; sed facit, ut partes habeant antea coniuncti, qui ideo concurrere possunt, quia coniuncti. Utrunque est ex coniunctione, & ut concurrere possint, si velint, ec quilibet eorum partem rei habeat, ad quam, nisi coniunctus esset, non admitteretur. Et ut, si quidam nolint, reliquis accrescat, ac in eorum lucro sit, quod eis non præripit alter. Quin immo omni coniunctione reali, ac mista solidum ab initio, concursu partes habentur *L.* 80. *de leg.* 3. quod passim Faber inculcat. Ergo necesse est coniunctionem ante concursum considerari. Quare aperta Fabri sententiæ pugna inest. Contradictio enim implicita his duobus enunciatis: Omnes coniuncti habent solidum ante concursum. Et quidam re coniuncti efficiuntur per concursum. Idem Faber *Err. pragm.* 7. quod in *L.* 89. *de leg.* 3. habetur: *re coniunctum non esse potiorem*, ita accipit, quasi occ præferatur omnimodo disiuncto. Quod probat 1. *per d. L.* 41. ubi Mævius & Seius re & verbis disiuncti, quod falsum esse ostendi. Quid quod ex ipsius Fabri sententia, modo exposita, Mævius admitteretur cum Titio ad partem Seii, non uti disiunctus, sed uti iam coniunctus per concursum effectus: Sic secum ipsa Fabri opinio non convenit. 2. Quia nec alius, ait, est ad quem quæstio de iure prælationis aptari possit. Si confers re tantum coniunctum: ridicula dubitatio, uter debeat vincere ex iis qui pari iure. Sin re & verbis, is omnino præfertur. Sin verbis tantum, non conveniunt seqq. Quid enim supervacuo diceret IC. re tantum coniunctum non esse præferendum verbis coniuncto, quem mox dicit eidem postponendum esse. Sed hæc levi brachio sobvertet quisquis speciem, ac exemplum Baronis, & Donelli nostri ob oculos habebit. Ridicula dubitatio esset, si poneretur hypothesis: ubi soli re coniuncti scripti sunt, nec permisti cæteris re & verbis; vel verbis tantum inter se, re autem cum his coniunctis. Re & verbis coniunctus omnino præfertur in portione secum eodem genere coniuncti, non in portione re coniuncti. Verbis tantum coniuncto postponitur re coniunctus non in portione alterius re coniuncti, sed itidem verbis coniuncti. Quocirca in dicto exemplo deficiente C. non est potior re coniunctus D. nec mistim coniunctis A. & B. nec etiam ab illis excluditur, nec verbis tantum coniunctis. E. & F.

13) Uti enim in successione legitima duplex coniunctio sanguinis præfertur, ita & in coniunctione testatoris ex tacita, ac præsumpta voluntate ait Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 31. Exceptio est *in L.* 17. §. 1. *de hered. instit.* Nisi sine parte instituti coniuncti re & verbis permisti sint ex parte certa scriptis. Ut A. & B. heredes sunto ex 11. uncis, C. & D. heredes sunto. Hic deficiens portio D. non C. soli, sed & A. & B. accrescit, quia quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti qui sine parte scripti sunt *d.* §. 1. vid. Duaren. *Lib.* 2. *C.* 12. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 2.

ad eamdem hereditatem vocantur, ut supra definivimus.

XVIII. Non mutat hanc coniunctionem rei, quod in his partes æquæ exprimuntur. Nam hæ partes non sunt divisæ, & certæ partes, quæ cuique divisim assignentur: sed indivisæ, nihilo magis rem dividentes, quam si expressæ non essent. Ac 14 propter has partes adiectas non fieri, quominus re coniuncti sint, qui instituun-

14) Ita & Baro *in* §. 8. *I. de legat.* Duar. *Lib.* 2. C.
7. quia & verbis coniunctus primo eadem ratione ottitur,
qua disiuncti ab ipso, sed re tantum coniuncti (cuiusmo-
di illius respectu sunt etiam qui inter se re & verbis con-
iuncti) quod ad eamdem rem vocetor, & deinde hoc
amplius habet quod eadem oratione, denique hoc satis con-
vincit *L. un.* §. 10. ubi ratio, quia coniuncti propter u-
nitatem, &c. æque convenit verbis coniunctis *C. de cad.*
toll. ib. C. 8. ponit exemplum commistionis triplicis, ubi
idem alii mistim, alii verbis tantum coniunctus sit, hoc
modo. A. & B. heredes sunto æquis partibus. Ex qua par-
te A. institui, ex eadem C. heres esto. D. heres esto. Hic
A. cum B. verbis, cum C. mistim coniunctus. Quare de-
ficiente A. admittitur C. excluso B. Et ita hic aliquid præ-
cipuum habet re & verbis coniunctus. Et Cuiac. 24. *Obs.*
34. *ac ad L.* 142. *de V. S.* (ita tamen ut *supr. n.* 13. *not.*
10.) & Fach. 4. *Contr.* 98. Diss. diversimode DD. Alii
coniunctum verbis cum re coniuncto pariter admitti. Quæ
receptior sententia, ut pluribus relatis Gomez. 1. *Var. Re-*
sol. 10. *n.* 32. quam probat tum per *L.* 66. *de her. inst.*
tum quia ex voluntate defuncti utrique æquales partes ha-
beant in hereditate vi institutionis. Ergo & in parte vacante
vi iuris accrescendi & Gœd. *in L.* 142. *de V. S.* quia otri-
que unum habent vinculum altero carentes, & uterque per
se partim expressam, partim tacitam habet voluntatem de-
functi, ac Grib. *in Com. ad d. L.* 89. qui, ne reiulant
verba extrema ibid. *& Lib.* 1. *de rat. stud.* C. 16 pro *&*
ipsis, reponit, *nec ipse*. Alii re coniunctum potiorem fa-
ciunt, de eo verba illa ultima exaudientes, Charond. 2.
verisim. 14. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progr.* §. 22. *n* 28. Li-
cet enim inquit in *L. un. C. de Cad. toll.* verbis coniun-
ctus etiam vocetur coniunctus, re autem coniunctus, di-
siunctus, tamen id procedit quoad læsionem, ut eo ma-
gis teneatur verbis coniunctus ad subeundum onus legato
impositum, ad quod re tantum coniunctus non tenetur.
Quoad utilia vero favorabilior re coniunctus. Alii per ver-
ba illa accipiunt re & verbis coniunctum, Fore. *Dial.* 59.
n. 2. Denique post Gov. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 7. verba
illa de coniuncto verbis accipit, ac illis ius prælationis tri-
bui scribit, licet ius accrescendi non habeat. Obiicit sibi:
Ius prælationis præsupponit ius accrescendi. Resp. Verbis
tantum coniunctum a testatore, per concursum tertii ab
eodem re tantum coniuncto, fieri etiam re coniunctum,
& ita ex post facto eo tempore, quo quæritur quis po-
tior, deprehendere & verbis coniunctum. Speciem sic po-
nit, A. & B. lego fundum Tusculanum æquis partibus. Eun-
dem lego C. Hic A. & B. verbis tantum coniuncti. C. utri-
que re tantum, quia diversa oratione vocatus ad totum
fundum, & ita ad easdem partes, quæ A. & B datæ, si-
quidem partes nihil sunt diversum a toto. Hic si C. agno-
scit legatum, & concurrit, A. & B. ex post facto per con-
cursum C. etiam re coniuncti fiunt, cum nequeat A. se-
missem, B. semissem & C. totum consequi. Quare cum C.
soli tantum obvenire debeat quantum A. & B. simul, se-
misses reducuntur ad quadrantes, ut C. semissem habeat
integrum. Proinde A. & B. re disiuncti a testatore partes
adscribente, fiunt re coniuncti, atque ita re & verbis (ver-
bis semper fuerunt, re fiunt) perinde ac si sic: A. & B.
dimidiam fundi: Eiusdem aliam dimidiam C. lego. Unde
deficiente A. accrescit soli B. qui eo tempore quo quæri-
tur, uter potior, & verbis ea testamento, & re ex concursu,
C. qui facit ut ad eandem rem vocetur, coniunctus est;
cum C. sit verbis disiunctus, & re tantum coniunctus. Nec
quicquam hic fit adversum voluntati defuncti: aut plus ob-
venit B. quam testator illi dedit, sed tantundem, scilicet di-
midia pars fundi. Dices: Atqui & testator totum dedit C.
Ex eadem igitur voluntate ad vacantem A. partem pro
portione admittendus. Resp. Id ideo non fit, quia testator
C. ab A. & B. verbis separavit. Realis coniunctio ex post
facto induci potest, quia rei status, & coniunctio immutari
potest, prout evenit ut tertius concurrat, vel non concur-
rat. Verbalis nequit, quia nec verba testamento ullo even-
tu immutari possunt. Quæc. Cur non fit reductio cum re-
petitione adiectionis; seu cur non is, qui sufficitur to-
to, habet easdem qualitates, ut pro æquis partibus A. &
B. relictus videatur, quo maneant verbis tantum coniun-
cti. Resp. Quia reductio fit a lege contra voluntatem quasi
defuncti ut eadem effectum habeat eo modo, quo potest.
Et ideo sine repetitione verborum *pro æquis partibus*, quæ
nec repeti necesse est, cum & alias Lex, quos simul vo-
cat, ex æquis partibus vocet. Hæc summa est sententiæ
Fabri ab auctore fusius expositæ, a me brevius, sed bona
fide, conceptæ. Vult autem hoc dum ius prælationis con-
cedendo, verbis coniuncto ius accrescendi non indulget,
quod si C. non concurreret, tunc nulla facta esset realis
coniunctio, & tunc B. deficiens dimidia non obveniret A.
sed apud heredem maneret. Verum hæc opinio fundamen-
to subverso *supr. n.* 12. *cir. med.* tota corruit. Sed age a-
pertius adhuc eam convellamus. Dico si vel illa ratio in-
ducendæ per concursum Titii novæ coniunctionis subsi-
steret, quam contradictionem involvere *d. loc.* monstravi, ver-
bis tamen *d. L.* 89. extremis minime convenire, nec ea ex-
positione salvum illorum sensum servari. Quæstio est an ver-
bis tantum coniunctus in parte coniuncti vacante permistis, a
se verbis disiunctis, re autem coniunctis potior fit? Hic
si dixeris IC. respondere, præferri eum, sed id intelligi de
illo verbis coniuncto, qui non amplius talis est, sed tem-
pore, quo de prælatione quæritur, re & verbis coniunctus
reperitur: responsio quæstioni non erit accommoda, de alio,
quam de quo quæsitum. Nam si de verbis coniuncto quæ-
ro, respondere me necesse est de eodem, qui tempore,
quo quæritur, talis est; non de eo qui, forte antequam lo-
cus quæstioni fieret, talis fuit; postea autem desiit esse mi-
stim coniunctus effectus. Atqui non locus est quæstioni de
prælatione, nisi adsit non tantum permistio, sed & con-
cursus plurium diversi generis coniunctorum. Nam si o-
mnes qui concurrunt, & agnoverunt, sint eiusdem gene-
ris, ius accrescendi simplex est, consentiente Fabro, nec
nisi ridicule, ut ipse Faber scribit *d. Err.* 7. *pag.* 159. du-
bitatur an inter eos, qui eodem omnes iure sunt, alius alii
præferatur, etsi deficiens forte alio modo sit coniunctus.
Ex. g. A. & B. & C. lego fundum, D. lego fundum. Si
D. portio vacet, nec levissima dubitatio est quin non unus
ex A. B. & C. sed omnes simul admittantur; ac ita non
est locus quæstioni de prælatione. Ac ut simili rem illu-
strem: si quærenti an servus obligari possit, aliquis respon-
deat obligari quidem, sed eum, qui antea servus, tunc
cum contraheret, manumissione liber effectus, quis non
ineptire eum diceret? Nec igitur conveniens ad quæstionem
sic conceptam: An verbis tantum coniunctus præferatur re
coniuncto, huiusmodi responsio. Præfertur quidem, sed is,
qui ab initio ante concursum re coniuncti (& sic ante-
quam esset locus quæstioni de prælatione) fuit verbis tan-
tum coniunctus, nunc autem quando agitur de prælatione,
re & verbis coniunctus concursu tertii effectus. Nam ut
in illa quæstione intelligit quærens servum qui servus sit,
cum de obligando agitur: ita hic is accipitur coniunctus
verbis tantum, qui talis sit cum de præferendo agitur. Quid
quod hac ratione etiam realis coniunctio per concursum
extingui posset, & fieri mera disiunctio. Nam si per redu-
ctionem totius scilicet assis ad partes assis fit, ut perinde
habeatur, ac si partes illæ assis adscriptæ essent. Ex Fa-
bri autem sententia (licet non probata) diversitas partium,
etiam indivisarum, facit ut diversæ res censeantur relictæ:
Quibus vero diversæ res relictæ, illi re & verbis disiun-
cti sunt, fiet ex g. in hac hypothesi. A. & B. lego fun-
dum æquis partibus: Eundem C. lego, Eundem D. lego,
Eundem E. lego, ut omnibus agnoscentibus per reductio-
nem totius ad partes, quæ haberi possunt, habeatur ac si
sic scriptum sit: A. & B. lego quadrantem ex æquis parti-
bus: C. lego alium quadrantem: D. lego alium quadran-
tem: E. lego alium quadrantem. Atque ita ex præsuppo-
sito Fabri (licet falso,) A. & B. a reliquis; item C. D. &
E. a se invicem; itemque ab A. & B. fient re & verbis dis-
iuncti. Atque ita concursus permistorum, qui aliquo casu
coniunctionem realem inter eos qui ex testamenti disposi-
tione verbis tantum iuncti, induceret: inter ipsos re con-
iunctos verbis testamenti eandem tolleret. Cui necessario
consequens esset, in portione acquisita in usufructu in
proposita hypothesi ius accrescendi cessare. Neque enim
esset inter A. & B. (ex sententia Fabri), quippe verbis
coniunctos; neque inter reliquos, quippe per mutuum con-
cursum

tuuntur æquis partibus, argumento sunt certissimo re, & verbis coniuncti: qui, & non expressis partibus, tamen ab initio partes habent non minus. *L. plane, §. si coniunctim, D. de legat.* 1.

XIX. Nihil ad rem pertinet, quod in his partes significantur propter personarum enumerationem. *Arg. L. cui fundus. D. de cond. & dem.* In iis, qui verbis tantum coniuncti sunt, partes exprimuntur, ut dixi ista distingui in *L. si duobus, in fin. D. de legat.* 1. Quid enim interest ad vim institutionis, aut legati, quomodo quid voluerit testator, dum voluerit: postquam in testamentis voluntas totum facit? *L. ex facto, §. rerum. D. de hered. inst. L. 12. in fin. D. de legat.* 1. Demus autem non facere: attamen si vere coniuncti sunt, qui sunt re, & verbis coniuncti, tametsi ab initio partes habent: necesse est & tales haberi, quos verbis tantum coniunctos dicimus, quamvis adiecta sint hæc verba, *æquis partibus*. Nam quæ non adiecta, intelliguntur tamen; ea si exprimantur, pro supervacuis habenda sunt. *L. Cornelius. D. de hered. inst.*

XX. At enim dicuntur isti verbis coniuncti tantum, quo significatur re non esse coniunctos. Atque adeo, ne qua sit dubitatio, dicuntur nominatim verbis coniuncti, non re in *d. L. re coniuncti, de legat.* 3. Et necesse esset, ista contraria videri, eoque aut illud prius, aut hoc posterius falsum esse, nisi hæc aliter, atque aliter dicerentur. Intelligendum est igitur, istos vere esse re coniunctos, ut sint non minus coniuncti, quam qui coniuncti sunt re, & verbis. Quod autem dicuntur verbis tantum coniuncti, seu verbis, non re; dicuntur ita ex eo, quod videtur: non ex eo, quod est. Nam re ipsa sunt coniuncti, ut ostendi. Sed in speciem non videntur, quia sunt instituti expressis partibus. Dicuntur autem ita ex comparatione re, & verbis coniunctorum: quia scilicet non ita sunt instituti, ut instituuntur, qui re, & verbis coniuncti sunt. Et ita res habet, ut vere dicturi simus, ex verborum conceptione, & forma, quæ se ostendit, has appellationes natas esse, non ex re, & sententia testatoris. Ad rem enim eamdem vocantur pariter iudicio testatoris verbis tantum coniuncti: solum formula, & conceptio eos a prioribus separat; & conceptio eiusmodi, quæ, partibus æquis adscriptis, videatur, res diversas facere, quod tamen non ita est; non magis quam in re, & verbis coniunctis hæ partes iudicio testatoris constitutæ res diversas facere intelliguntur.

XXI. Sed urgent propius quidam loci, in quibus hoc ipsum diserte traditum videtur: verbis tantum coniunctos, omnino coniunctos non esse, neque inter eos, ut oratione coniunctos, esse ius accrescendi. In hanc sententiam est *L. pen. D. de usuf. acc.* ubi ita scribit Papinianus: *si æquis portionibus duobus eiusdem rei ususfructus legatus fuerit, fructuarios separatos videri. Inde fieri, ut inter eos ius accrescendi non sit*. Sed loquitur ibi Papinianus initio de duobus, aut pluribus fructuariis, quorum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei ususfructus legatus est. Ait, hos separatos videri: & addit, non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset. Hæc verba *æquis portionibus*, ad eosdem heredes referri debent, non ad rem cuius ususfructus relictus est. Estque hæc sententia: nihil interesse, utrum ususfructus alicuius rei legatus sit Titio ab uno herede, deinde eiusdem rei ususfructus Mævio ab altero herede: an vero Titio, & Mævio eadem oratione eiusdem rei ususfructus sit legatus ex æquis portionibus, non eius rei, sed heredum, ut portiones ususfructus singuli fructuarii accipiant a singulis heredibus. Idque ita esse declaratur in fragmento sequenti, ubi hæc verba æquis portionibus sic explicantur, cum alius ab alio herede usumfructum vindicat. Quod non fit aliter, quam cum ususfructus ejusdem rei duobus legatus est pro portionibus æquis heredum. Bene negat Papinianus, hos esse coniunctos in eamdem rem. Cum hereditariæ partes prius sint divisæ; pro his autem partibus, & personis heredum ususfructus sit constitutus. Nos cum verbis coniunctos esse dicimus eos, quibus eadem res relicta est æquis partibus, hoc sentimus, quibus re-

licta

cursum reali coniunctione sublata, tempore, quo accrescere debeat, iam disiunctos effectos. Atqui & inter non coniunctos (intellige verbis, non autem re, quia idem dicitur esse in proprietate) ususfructus constitutus, & postea amissus ius accrescendi admittit *L. 1. §. 3. de Usufr. accr.* Quare agnitione utriusque, & sic concursu tametsi partes effectæ, tamen coniunctio realis non sublata, & sic etiam diversæ partes indivisæ tamen, non faciunt, quo minus eadem res censeatur. Denique nec dubium, quod sibi movet Faber expedit, Respondens quod verbalis coniunctio ex post facto induci nequeat. Nam si fatetur Faber, in suo exemplo non minus pro C. facere voluntatem defuncti, ius ita statutum erit, ut eo casu quamvis non fieret mistim coniunctus C. deficienti A. per concursum B. tamen in eadem caussa sit, si modo recte Faber scripsit, in legatis nunquam præter, aut contra voluntatem testantis ius accrescendi induci; ex qua tota illius ratio petenda sit 49. *Err. Pr. 1. p.* 158. Fateor ego quidem, non in eadem caussa esse, sed ideo quia non fateor in parte verbis coniuncti voluntatem defuncti suffragari re coniuncto.

licta est æquis partibus eiusdem rei inter [15] se.

XXII. Obiicitur in eamdem sententiam *L. si ita quis heredes*, 66. *D. de hered. inst.* ubi aperte negantur, coniuncti esse heredes ita instituti: *Caius, & Mævius æquis partibus heredes sunto*. Proponebatur institutio huiusmodi: *Titius heres esto. Caius, & Mævius æquis partibus heredes sunto*. Illic respondetur, si Caius deficiat, eius portionem non accrescere soli Mævio; sed omnibus coheredibus: idest, tam Titio, quam Mævio, pro portionibus hereditariis. Idemque esse, si deficiat Mævius, ut eius portio accrescat æque Titio, & Caio. Quibus verbis primum hoc significatur, etsi dederimus, Caium & Mævium in proposito coniunctos esse: tamen unum ex his in portione coniuncti non esse cæteris, qui re tantum coniuncti sunt, potiorem. Sed adiicitur amplius, quod continet id, de quo quærimus. Ait enim Pomponius ideo alterutrius horum portionem accrescere omnibus, quia testator non tam Caium, & Mævium coniunxisse, quam celerius dixisse videatur. Negat igitur aperte istos esse coniunctos. Et tamen ex definitione supra a nobis posita sunt isti verbis tantum coniuncti. Respondeo: quod dicimus, cum heredes ita instituti sunt, Quintus, & Sextus heredes sunto æquis partibus, hos esse verbis coniunctos, & vere coniunctos: sic intelligendum esse, ut & cætera, quæ pendent ex voluntate testatoris, nisi prohetur testatorem aliud sensisse, quam ut istos in eamdem portionem seorsim a cæteris coniungeret. Nam in testamentis voluntas dominatur, & hæc totum facit, ut ante dixi. *L. ex facto §. rerum, D. de her. inst.* Porro ita est institutio superior, ut quemadmodum Pomponius loquitur, non videatur Caium, & Mævium inter se [16] coniunxisse. Quo fit, ut nec contra voluntatem testatoris pro coniunctis habendi sint.

XXIII. At unde hæc voluntas colligitur? Ex ambigua oratione, in qua id, quod verisimilius est, sumitur. Nam hæc oratio, *Caius, & Mævius æquis partibus heredes sunto*, priori illi iuncta, *Titius heres esto:* ex coniunctione institutorum incidit in ambiguitatem. Potest enim sic intelligi, heredes sunto ex æquis partibus inter se. Potest etiam sic accipi, heredes sunto ex æquis partibus cum Titio, & secum invicem. In hac ambiguitate orationis præcipitur id accipiendum esse, quod credibile est esse cogitatum. *L. cum in testamento. D. de reb. dub.* Id autem credibile esse, eoque & sumendum alibi admonemur, quod facit, ut voluntas sit plenior. Sic enim est regula iuris: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis. D. de regul. iur.* His conveniens fuit, ut responderetur id, quod supra. Caium scilicet, & Mævium institutos videri a testatore ex æquis partibus, non inter se tantum, sed & cum Titio, qui proxime præcedit, & ipsi inter se. Sic enim sit institutio Caii, & Mævii plenior, quod ante accipiendum esse diximus. Nam si coniungantur inter se, non plus accipient ambo, quam solus Titius, utpote coniunctione in unum corpus redacti. *L. unica, §. his ita, in fin. C. de cad. tol. L. Attius*, 11. *D. de her. inst.* Nunc autem exæquati cum Titio viriles partes accipiunt. *L. interdum*, 13. *in princ. D. de hered. inst.* Hanc interpretationem in exemplo superiore. *L. si ita quis.* institutio Titii præcedens admittit, & quod coniuncta scriptura facta est, & quod Caius, & Mævius ad æquas cum eo partes venire potuerunt: cum ille ad unam, non ad diversas vocatus fuerit. Non potest eadem interpretatio admitti, si aut Caius, & Mævius coniuncta scriptura instituti non essent cum præcedentibus, aut præcedentes instituti essent ex diversis partibus. Quod posterius saltem animadvertere licet in eo exemplo, quod proposuimus: in quo Quintus, & Sextus sic æquis partibus instituti sunt, ut non possint intelligi instituti esse æquis partibus cum præcedentibus; quoniam præcedentes ex disparibus instituti proponuntur. Nam Primus, & Secundus coniuncti non plus accipiunt, quam Tertius solus, aut Quartus solus.

XXIV. Quod superest, plusquam leve est, si quis moveatur exemplis §. *si eadem*,

15) Baro *in §. 8. I. de leg.* non aliter differre verbis tantum coniunctos a re & verbis coniunctis, nisi quod illi æquales partes expressim habent, hi non item, ex voluntate tamen etiam defuncti, *L. 16. §. ult.* verbis: *viriles partes dare voluisset vel etiam id expressisset. de leg. 1.*

16) Ita fere & Bart. *in d. L. pen.* & Ripa *in L.* 89. *de leg.* 3. *n.* 18. refer. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progr.* §. 23. *n.* 27. Meno. 4. *præsump.* 159. *n.* 15. quibus contradicit A. Fab. 49. *err. pr* 4. Alii singulare ius in usufructu agnoscunt Duar. *Lib.* 1. *C.* 10. ea ratione, quia portiones in usufructu res diversa magis, quam partes alterius rei, cum quævis portio adhæreat personæ, cui adscripta est, eaque deficiente pereat. Vasq. *d.* §. 23. *n.* 28. Fachinæ. 5. *Contr.* 50. Sed nihil hic singulare, quia ususfructus facilius accrescit, quam proprietas, etiam quæsitus. Unde & ratio Duareni refellitur, quia post acquisitum ab utroque coniuncto re & verbis, ususfructus etiam partes saltem concursu effectæ, & tamen ius accrescendi negari nequit. *L.* 1. §. 3. *de usf. accr.* Vid. & Meno. *d. præs.* 159.

dem, *Instit. de leg.* ut putet, verbis tantum coniunctos, non esse coniunctos, nec inter eos esse ius accrescendi, quia in his, quibus quid legatur coniunctim, solum utatur Iustinianus exemplo re, & verbis coniunctorum. Quid enim notius, & certius, quam exempla non [17] restringere regulam? *L. penult. §. ultim. D. de iur. & fac. ig. L. 1. §. quod vulgo, D. unde vi.* Et constat ex aliis locis etiam hos in numero coniunctorum itidem haberi. ut *d. L. triplici, de verbor. signific. d. L. re coniuncti, de legat.* 3. Quare sunt vere coniuncti ii, quos verbis tantum coniunctos dicimus; si modo nihil aliud probetur de voluntate testatoris.

XXV. Altera reprehensio eo spectat, ut, hoc concesso, verbis coniunctos maxime esse coniunctos, tamen probetur, uno ex his deficiente alterum coniunctum in iure eius partis cæteris non præferri. Illud quidem plane absurdum videri potest, ut dicamus, hunc coniunctum, quem fatemur verbis tantum coniunctum esse, præferri etiam re, & verbis coniuncto, cum hunc si non magis, æque certe coniunctum esse constet. Et diceretur plane absurde, si in exemplo superiore, aut ullo alio simili, iis, qui verbis tantum inter se coniuncti sunt, possent alii simul coniuncti esse re, & verbis. At hoc fieri non potest. Idque patet ex exemplo proposito liquere; in quo Quintus, & Sextus ita verbis coniunguntur inter se, ut a cæteris omnibus disiungantur verbis. Apparet enim, cæteros diversis orationibus ad eandem hereditatem vocari. Unde sunt re coniuncti tantum cum Quinto, & Sexto; nulli autem re, & verbis. Nihil ad rem pertinet, quod Primum, & Secundum re, & verbis coniunctos dicimus. Sunt enim re vera; sed inter se; non autem cum Quinto, aut Sexto, de quorum alterius portione deficiente agitur. Quamobrem ratum hoc sit, eos, quos verbis tantum coniunctos dicimus, maxime esse coniunctos, atque hinc inter eos esse ius accrescendi, & quidem ita, ut, uno ex his deficiente, solus verbis coniunctus admittatur, quamvis forte inter alios quidam sint coniuncti re, & verbis: quoniam quicumque alii tales sint, quia alia oratione vocantur, cum eo, de cuius portione agitur, verbis coniuncti esse non possint.

XXVI. Quidquid in his sive coniunctis, sive disiunctis accrescit pluribus, qui suas partes acquisierint, placet, accrescere [18] pro portionibus hereditariis, non pro virilibus. *d. L. unica, §. his ita, C. de cad. tol.* Consequens plane ei, quod diximus, ius accrescendi commodum esse, aut incommodum partis hereditariæ iam quæsitæ, ut quæ iure hereditario alias ad se trahat. Nam hoc si ita est, quatenus est portio hereditaria, eatenus commodum, & incommodum eius esse oportet. Portiones hereditariæ si cuique assignatæ sunt a testatore, hæ certo sunt hereditariæ. Quod si de his nihil expressum est, æquæ servantur inter heredes, si pariter instituti sint aut coniunctim omnes, aut omnes separatim. *L. quoties, 9. §. heredes, D. de her. inst.*

XXVII. At si coniuncti, disiunctive commisti sint, hoc præceptum in partium distributione diligenter tenendum est, semper coniunctos [19] unius personæ potestate fungi, nihilo plus ut auferant, si concurrant cum cæteris, quam singuli disiuncti. *L. plane, 34. in princ. D. de legat. 1. L. Attius, L. interdum, in pr. D. de her. inst.* Et ideo in exemplo proposito si fingas, Tertium defecisse, cæteris portiones suas admittentibus; non divi-

17) Ita Duar. *Lib. 2. C. 13.* addens, non in quæstione iuris ambigere Pomponium *ibidem*, an coniunctus verbis potior: quod ipsummet statuisse verba extrema arguunt, sed in quæstione facti, quæ coniecturis explicatur Fachin. 4. *Contr.* 98. vid. & Cuiac. *ad d. L.* 66. Aliter Vasq. *Lib. 3. de Success. progr. §. 22. n. 25. in d. L.* 66. omnes tres nec verbis coniunctos esse; quia Titius in diversa oratione positus. Caius, & Mævius non coniunctionis gratia in unum coacti, nec etiam re, propter verba *æquis partibus*, coniunctionem realem dirimentia. Ideo cum nullatenus coniuncti sint: omnes pares & ab initio, & in iure accrescendi, quod quoad hereditates etiam inter plane disiunctos locum habet. Vid. Gribald. *ad* 89. *de leg. 3. & de.* Suev. *Lib. 3. de iure accr. c. 2. p.* 154.

18) Adduci solet & *L. 7. de reb. dub.* ac maxime *L. 16. §. ult. de leg.* 1. Probabilis tamen hic responsio A. Fab. 49. *Err. Prag.* 5. casum specialem ad alios non trahendum poni in *d. §. ult.* Cuius ratio sit, quia legato postumo dato insit conditio tacita, si nascetur, & cum antequam in terram cadit, nescitur, an & quot nascituri, nec sciri potest, quandiu nativitas pendet, quænam virilis portio Titii futura, quæ ex numero nasciturorum tandem certa fit, ac constituitur. Ergo si nullus nascatur, totum legatum Titio debetur, quippe cuius portio virilis nunquam ulla fuit, nec futura est, postumi spe defecta. Secus est, si ab initio statim certæ partes adsignatæ. Quæ ratio non displicet Suevio *Lib. 2. de i. accr. C.* 3. qui & aliam, & acutam rationem profert, *pag.* 133 *& seq.* Partes videlicet viriles in *d. §. ultim.* non tam adiectas legato esse, quam expressas respectu postumorum: id ostendere tantum testantem quid servari velit pluribus postumis natis: scilicet non unius loco habendos, ut verbo collectivo iunctos, sed ex numero eorum rem dividendam, computata persona Titii in concursu. Atque ita quia adiicientis verba *viriles partes*, intentio non est excludendi realem coniunctionem Titii cum postumis, manere coniunctionem mistam. Quod & arguant *L. 7. de reb. dub. pr.* verba. *Quasi ab initio tibi solido relicto*, quod dici non posset si coniunctio mere verbalis. Ideo Titius, ac postumi re & verbis coniuncti, licet postumi inter se verbis tantum.

19) *L. liber 59. §. cum quis 3. de her. inst. arg. L. 1. C. de impub. sub. sunct. L. 61. §. 1. de leg.* 2. Duar. *lib. 2. de i. accr.* C. 3. Aliud tamen in legatis vid. Lib. 8. Cap. 21.

dividetur hæc portio in quinque partes, ut sunt quinque heredes reliqui; [20] sed in tres dumtaxat, ex quibus Primus, & Secundus, ut sunt coniuncti, unam; Quartus alteram; Quintus, & Sextus & ipsi item inter se coniuncti tertiam habebunt: suntque hæ istorum portiones hereditariæ.

XXVIII. Non minus hoc ius & inter heredes legitimos locum habet. Nam & hi sæpe plures ad eiusdem defuncti hereditatem ab intestato vocantur: & vocantur verbis legis ita, ut quidam ex his sint coniuncti, quidam disiuncti: idest, quidam vocentur eadem oratione, alii diversis orationibus. Id [21] accidit inter eos, quorum quidam succedunt in stirpes, alii in capita. Exempli caussa, cum defuncto succedunt fratres, & fratrum filii. Finge ita: defuncto est legitimus heres frater. Ex altero fillo demortuo sunt duo filii. Ex tertio demortuo sunt sex. Hi omnes ex constitutione Iustiniani vocantur simul ad hereditatem defuncti, qui illi frater est, his patruus. Et vocantur ita, ut frater in caput succedat, cæteri in stirpes. *Novell. de her. ab intest. ven. §. reliquum.* Si unus ex his deficiat, quæritur de iure accrescendi. Inter legitimos heredes, quales isti sunt, esse ius accrescendi constat. *dict. L. si ex pluribus. D. de suis & leg. her.* Sed quæritur, portio deficiens, utrum accrescat reliquis omnibus coheredibus, an certis quibusdam; & si accrescat pluribus, quatenus accrescat. Res diiudicanda est ex superiore definitione, si prius hoc constituerimus, in his permistos esse coniunctos, & disiunctos, ut sunt verba legis, quibus vocantur ad successionem. Observandum est enim, in his fratrem vocari separata oratione, eoque a cæteris oratione seiunctum esse. Duos filios fratris demortui inter se vocari coniunctim; sed disiunctim, & separatim: id est, diversa oratione a cæteris. Similiter & sex filios alterius fratris demortui vocari inter se eadem oratione, sed separata a cæteris. Sic enim verba sunt legis: *defuncto frater sit heres. Item secundi fratris demortui duo filii. Item tertii fratris demortui filii sex.* Et, ut forte ita vocentur isti; frater, & fratrum demortuorum filii herèdes functo in stirpes: quæ potius verba legis sunt: *dict. §. reliquum. Et auth. cessante. C. de leg. hered.* tamen eadem hic istorum coniunctio, & disiunctio futura est. Nam cum vocantur frater, & alterius fratris filii, verbo collectivo *filiorum* plures filii coniunguntur inter se; & ab altero fratre ita disiunguntur, ut [22] non plus capiant filii omnes quam unus defuncti frater. *L. interdum in prin. D. de hered. instit.* Quod non fieret, nisi frater disiunctus esset, filii coniuncti, qui omnes unius personæ vice fungerentur, ut supra diximus. *d. L. plane 34. in pr. D. de leg.* 1.

XXIX. Rursum filii plurium fratrum vocantur in stirpes. Verbo *stirpium* sic coniunguntur omnes, qui sunt eiusdem stirpis, ut ab iis, qui sunt ex altera stirpe, aperte disiungantur. Secundum hæc dicemus in proposita specie, si defuncti frater portionem suam repudiet, aut decedat sine spe transmittendæ hereditatis, eius portionem accrescere aliorum eius fratrum filiis coheredibus eius, iisque omnibus; quia is defecerit, qui sit ab illis pariter oratione disiunctus: & pariter cum iis coniunctus re tantum. Sic tamen his accrescere, ut non accrescat portio singulis ex æquo: sed dividatur in duas partes; ex quibus unam duo filii unius fratris habeant, alterius fratris filii sex alteram: utpote ita coniuncti, ut illi in unam stirpem, hi in alteram coniungantur. Semper autem illud tenendum est, coniunctos si concurrant cum iis, a quibus disiuncti sunt, unius personæ potestate fungi. *d. L. plane in pr. de leg.* 1. Quod si unus ex duobus defecerit, eius portio accrescet fratri eius [23] soli: nihil inde patruo, aut fratribus eius patruelibus, quamvis omnibus ad eamdem hereditatem vocatis. Sunt enim isti inter se verbis legis coniuncti, ac deficientis portio coniuncto soli accrescit. Similiter etsi ex sex filiis alterius fratris demortui unus deficiat, eius portio ad solos fratres eius pertinebit, ut solos verbis coniunctos.

XXX. Idem intelligi oportet in similibus omnibus caussis: ut si nepotes ex diversis filiis succedant, quos & ipsos placet

[20] Quia quatuor quadrantes tacite facti, si quadrans C. deficiat, D. unam unciam quadrantis A. & B. item E. & F. singuli singulas semuncias auferent, & fiet distributio, ac si ab initio tres trientes facti essent, Baro *ad §. 8. I. de leg.*

[21] Duar. *Lib. 1. de I. accr.* C. 1. hereditatem quasi deferri a lege cognationi aut gradui collective. Sic enim L. 12 tab. *Agnatus proximus*, unitatis numero, *familiam habeto*, ac inter eos qui eiusdem cognationis, ac gradus sunt concursu dividi.

[22] Si tamen aliquis decedat relictis duobus filiis, exempl. gr. ex una uxore, totidemque ex alia, uno ex prioribus, vel posterioribus deficiente, accrescere non soli fratri germano, sed & consanguineis, quia respectu patris æqualiter coniuncti sint vult post alios Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. *n.* 31.

[23] Quia etsi omnes coniuncti, tamen inter illos coniunctio legitima arctior confer. not. *supr. n.* 6. vid. & Guil. Ranchin. *de Success. ab int.* §. 19. *n.* 3. & Fork. 8. *de Success.* 16.

cet succedere in stirpes. §. *cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Finge, ex uno filio unum nepotem esse; ex altero duos, ex tertio quatuor. Vocantur omnes isti simul ad successionem avi, ut si omnes exsistant heredes, dividatur hereditas in tres trientes, ex quibus ad unum nepotem unus triens, ad duos alter, ad quatuor tertius pertineat. *d. §. cum filius.* Quid, si unus deficiat? Si quidem primus ille unus, eius portio accrescet omnibus reliquis. Si uni ex duobus, accrescet soli fratri eius. Si unus ex quatuor, accrescet item solis eius fratribus, ex eadem distinctione. Quibus cognitis habemus, quæ commoda sint, & incommoda hereditaria, ex quo genere utroque erat ius accrescendi: & simul quid hereditatis acquisitione contineatur. Id quod quærebatur.

CAP. XIV.

Etiam per bonorum possessionem iure prætorio hereditatem nobis directo acquiri. Bonorum possessio quid sit. Quid ea commune habeat cum hereditate; quid proprium, sive de ea deferenda quæratur, sive de delata acquirenda. Quæsitæ ius idem, commoda, & incommoda eadem, quæ quæsitæ iure civili hereditatis.

Transitio ad bonorum possessionem. I.
Quid hic bonorum, *quid* possessionis *appellatione intelligatur.* II. III.
Ius hoc re ipsa nihil aliud esse, quam emolumentum hereditatis. IV.
Hunc idoneum esse locum, in quo de hac acquisitione quæratur. V.
Cur de ea separatim. VI.
Quibus ex causis deferatur bonorum possessio ab intestato suo loco. Nunc de testamentariis hereditatibus, VII.
Non deferre prætorem bonorum possessionem etiam ex testamento eodem ordine, quo ius civile; nec, si speciales spectentur, ex iisdem causis. VIII.
Quibus nam, quando, quibusve de causis eam deferat. IX. X.
Huic cum ea, quæ ab intestato defertur, quæ sequuntur communia omnia. XI.
In acquirendo diversum in bonorum possessione ab hereditate tempus acquirendi, & quatenus. XII.
In conditionibus acquirendi quædam utriusque acquisitionis communia, & quæ nam. XIII.
Quædam singularum propria. Non delata hereditas adiri non potest; contra bonorum possessio nondum delata peti potest, & quatenus. XIV.
Quid inter celeriorem aditionem, & celeriorem bonorum possessionis petitionem intersit. XV.
Hunc servus, & filiusfamilias etiam iussu non præcedente agnoscere possunt ad hoc, ut rata postea habeatur agnitio. Non item hereditatem. XVI.
Bonorum possessio nemini nisi volenti acquiritur; non sic hereditas. Utraque tamen solo animo repudiatur. XVII.
In ritu acquirendi hoc interest, quod hereditas suis, & necessariis ipso iure, extraneis vero sola animi destinatione acquiritur; contra in bonorum possessione auctoritas Magistratus necessaria. XVIII.
Hæc olim quo ritu peteretur. XIX.
Quid de vetere ritu sustulerit Iustinianus in L. ult. C. qui ad bon. possess. XX.
Hæc lex pertinet ad bonorum possessionem edictalem, non ad decretalem. XXI. XXIV.
Omnem bonorum possessionem a Prætore vel ex decreto dari solitum & causa cognita; vel sine decreto, & causæ cognitione. XXII.
Illa decretalis, *hæc* dictalis *appellata.* XXIII.
Decretalis etiam hodie decretum Magistratus, seu causæ cognitionem pro tribunali desiderat. XXV.
Decretales bonorum possessiones tres, & quæ sint, quibusve dentur, & quatenus. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX.
Quæ sint edictales, quove modo petendæ. XXX.
Bonorum possessio; quæ non nisi agnita apud Magistratum acquiritur; ea, si delata sit; ubi vis repudiata amittitur. XXXI.
Acquisitæ bonorum possessionis idem effectus; qui & hereditatis. XXXII.
Non esse supervacuum de honoraria successione laborare, cum Prætoris auctoritas interdum necessaria sit, interdum si non necessaria, utilis tamen. XXXIII.

I. SED meminerimus, quæ hic hactenus de hereditate recte deferenda, de delata recte acquirenda, de quæsitæ effectu, & iure diximus: de ea hereditate dicta

dicta esse, quæ directo defertur, & acquiritur iure civili, nempe eo iure delationem inducente, aut confirmante. In ea hereditate, quæ sub titulo bonorum possessionis defertur iure prætorio, hæc eadem paulo aliter observantur. Etsi igitur verum est, quod initio diximus, etiam in bonorum possessione hereditatem inesse, & per bonorum possessionem ipsissimam hereditatem reipsa acquiri: tamen cum per bonorum possessionem hereditas neque deferatur eodem modo, neque eodem modo acquiratur: necesse est & de bonorum possessione in hac acquisitione separatim dici, ut quid hic ad eam rem adferat beneficium prætoris, quid cum superioribus commune habeat, & in universum undecumque & quomodocumque delata hereditas, quomodo acquiratur, cognoscamus.

II. Ac prius de verbo breviter dicamus, ne quid hic forte hac tractatione instituta, alieni a proposito inducere videamur. Et in appellatione [1] *bonorum possessionis* duo verba sunt, quorum vis, & significatio separatim cognita, quod sit ipsum complexum, facile ostendit. Insunt inquam, hæc duo: *bona*, & *possessio*. Quid ergo hic bona? Bona hic, inquit Ulpianus, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successio, qua (nempe deinde quæsita) succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum, vel incommodum. *L. 3. in pr. D. de bo. poss.* At ista universitatis successio in ius defuncti est hereditas, quæ ita definitur, ut sit successio in universum ius, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas. D. de reg. iur.* Ita bonorum possessio ad verbum nihil aliud est, quam hereditatis possessio; & omnino Ulpianus ita nominat in *ead. L. 3. §. 1. de bo. pos.*

III. Quid possessio in hac re, quæ, & qualis intelligenda est? Nempe possessio rei de qua agitur, conveniens. Si de rebus singulis possidendis ageretur, intelligeremus rerum ipsarum singularum detentionem. Nunc agitur de hereditate: id est, de universitate rerum, in qua etiam si nulla sint corpora, tamen iure esse intelligatur, *L. hereditas. D. de her. pet.* Recte igitur Ulpianus, auctore Labeone, hereditatis, bonorumve possessionem, non uti rerum possessionem accipiendam esse scribit; sed ita, ut sit iuris magis, quam corporis possessio. *d. L. 3. §. 1.* ubi *iuris* verbo, ius habendorum bonorum intelligit. Hine eidem Ulpiano facile fuit bonorum possessionis extruere definitionem, quæ plane superius utrumque expressit. Sic igitur ille definit in *d. L. 3. §. bonorum de bon. possess.* ut sit bonorum possessio, *ius persequendi, retinendive patrimonii, sive rei, quæ cuiusque cum moritur, fuit.*

IV. Hoc vero ius nihil aliud est, quam emolumentum hereditatis. Qua ratione in *L. bonorum. in fi. C. qui adm. ad bo. pos.* bonorum possessione alicui data, dicitur, emolumentum successionis videri ei prætorio iure quæsitum esse. Atqui hoc qui habet, re vera, & effectu hereditatem habet. Nam ut maxime quis & proprie, ac iure civili hereditatem obtineat: nihil tamen plus consequatur, quam hoc ipsum ius retinendæ, & persequendæ hereditatis. Ita plane effecta bonorum possessio est [2] hereditas, sed iure prætorio quæsita. *d. L. bonorum. C. qui adm. ad bo. possess.* Aut si quid interesse placet, hoc esse reperietur, quod hereditas res est, quæ alicui tributa ius illud persequendi patrimonii secum adfert: bonorum possessio ita est ius illud persequendi, ut cui id datum est, simul ei hereditatem vi ipsa datam esse declaret, ut quæ ab eo iure non possit separari. Inest igitur in bonorum possessione hereditas, sive ipsa bonorum possessio hereditas est, sive alicui quæsita simul hereditatem ei tribuit. Et cur metuamus hereditatem vocare, cum dicatur, prætor eos vocare ad hereditatem, quos vocat ad bonorum possessionem? *§. quos autem. Inst. de bon. poss.* Quinimmo etiam interdum legimus, bonorum possessionem absolute hereditatem dici, ut in *L. ul. C. qui adm. ad bon. possess.* ubi Constantinus de testatione amplectendæ apud iudicem bonorum possessionis loquens, *testationem amplectendæ hereditatis* vocat. Qua de caussa etiam bonorum pos-

1) Vult. *in pr. h. t. n.* 2. Bonorum possessionem introductam esse triplici de caussa. Iuris Civilis vel emendandi, id est, supplendi gratia, quod fit in bonorum possessione. Unde liberi, Unde cognati, Contra tabulas: vel corrigendi, id est, rescindendi, in alieno postumo instituto: vel confirmandi ac corroborandi, quæ fit in bonorum possessione sec. tab. &c.

2) Consentit Pr. Gregor. 43. *Synt.* 2. *n.* 3. *&* 7. Vacon. 3. *Decl.* 48. distinguit inter hereditatem in genere sumptam, & in specie. Sed Duaren. *h. t. C.* 1. non esse hanc veram hereditatem, sed haberi, *L.* 117. *de R. I.* Unde nec actiones directæ dantur bonorum possessoribus, vel in eos Theoph. *in §. 2. I. h. t.* sed utiles, quas Ulpian. vocat fictitias, *in fragm. Tit.* 28. §. 12. Gœd. *ad L.* 24. *de V. S. n.* 15. bonorum possessionem pro hereditate accipi quoad effectum commodi, & incommodi, non autem quoad propriam formam, & formatum effectum. Et 15. differentias hereditatis, ac bonorum possessionis refert Philip. Massin. *ad Rub. C. qui admitti a n.* 515. *usque ad n.* 532. vid. & Forst. 1. *de Success.* 5.

possessores in omnibus 3 vice heredum haberi dicuntur. *L.* 2. *D. de bon. possess.* Cur ergo prætores, cum deferrent hereditatem, & emolumentum hereditatis vere tribuerent, non dixerunt potius hereditatem, quam bonorum possessionem, ut aperte, & secundum id quod in re erat, loquerentur? Ratio redditur in *§. quos autem Inst. de bo. pos.* quia scilicet per legem, aut similem iuris constitutionem heredes fiunt: 4 prætor heredem recta facere non potest. Itaque quos vere non faciebat heredes, ne heredes quidem verbo appellavit. Sed quia erant, quos heredum loco constitueret, fecit, quod erat in re proximum, ut quoniam tribuebat his emolumentum, & ius hereditatis, seu patrimonii obtinendi, bonorum possessores ex emolumento appellaret. Verbis igitur hæc distincta sunt propter subtilitatem iuris civilis: re ipsa, & emolumento sunt eadem: certe quæsita idem præstant.

V. Quod si ita est, cum hic quoque deferatur a prætore hereditas, & quidem ex testamento, itemque ab intestato, non minus quam iure civili: & nos de acquirenda hereditate nunc agamus; satis iam intelligitur, hunc esse idoneum locum, in quo de hac acquisitione quæratur.

VI. Non esset necesse separatim id facere, si hic omnia congruerent cum superiore civili acquisitione. Sed 5 non congruit, ut supra dixi, neque delatio bonorum possessionis, neque delatæ acquireodæ ratio, quæ ideo in hac specie proprie cognoscenda fuerunt. In delatione tria discrepant: caussæ deferendi, deferendi ordo, & tempus acquisitionis præfinitum. Caussæ deferendi si quidem generales spectentur, 6 eædem utrobique. Defertur enim bonorum possessio iure prætorio similiter ut hereditas iure civili, ex duabus illis caussis notis, ex testamento, & ab intestato. *L.* 1. *D. si tab. test. nul. ext.* Sin in his generibus spectantur caussæ speciales, differunt. Alioqui nihil necesse fuisset, prætorem proponere bonorum possessionem ei, cui iure civili, & legibus plus satis consultum esset.

VII. Ac quibus ex caussis deferatur bonorum possessio ab intestato, dicetur postea coniunctim cum hereditatibus legitimis. Nunc, ut institutus est sermo, de testamentariis hereditatibus agamus ea lege, ut si quæ in testamentaria bonorum pos-

fes-

3) Unde heredis nomine continetur bonorum possessor in *L.* 10. §. 2. *de cond. & dem. L.* 1. §. 7. *ad Trebell. & passim alibi*, & hereditatis appellatione bonorum possessio venit *L.* 138. *de V. S.* Non tamen sequitur inde quod sit hereditas. Differunt enim esse talem, & haberi pro tali, ut & talis appellatione contineri &c. Quanquam autem nec bonorum possessio hereditas, nec bonorum possessor heres, sed heredis loco, non tamen falsum ideo, quod noster vult, hereditatem ab eo acquiri. Nam nec fideicommissarius heres est proprie, & tamen ipsam omnino hereditatem nanciscitur. vid. not. *Cap.* 25. *n.* 8.

4) Quæ ratio? Cuiac. *in not.* 1. *ad d.* §. 2. quia dominum Prætor facere nequit, quod non omnino verum puto, de quo alibi. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 3. quia hereditas est modus acquirendi dominii iure civili, non prætorio §. *ult. I. de Usu & hab.* Ratio hæc eadem cum quæstione. Vacon. 3. *Decl.* 48. *n.* 13. Prætorem non potuisse directum dominium transferre, quia non ipse, sed civitas directa domina. P. Greg. 43. *Synt.* 2. *n.* 8. quia ius civile maioris auctoritatis, ratione legis generalis. Varias aliorum rationes refert Fachinæ. 5. *Contr.* 72. *&* 13. *Contr.* 29. Non displicet Bellonii expositio 1. *Suppus.* 10. qui dicit *ipso iure* heredes non fieri a prætore *d.* §. 2. id est, non posse prætorem efficere, ut quis per se fiat heres ex aditione hereditatis, quem Lex non vocat, sed requiri factum eius decernentis. Nec posse illum hoc operari extra iudicium. *Per legem enim &c. fiunt heredes*, inquit Imperator *d.* §. 2. id est ipso iure, sine facto iudicis, & per se possunt adipisci hereditatem. Et Rain. *Cons.* 3. *indag.* 4. Heres ait, est dominus, dominium autem sine traditione non transit nisi auctoritate legis, cuius condendæ potestas non est prætori. Quare quod in *L.* 1. *h.* 2. habetur, dominium rerum tribui bonorum possessione, id de vero dominio ipsarum rerum intelligo, nec cum Cuiac. *in Par. h. t. &* 1. *notat.* Mercat. 9 & Vult. *in pr. I. h. t. n.* 7. & Borch. *de acq. poss. C.* 6. *n.* 17. inter dominium possessionis, & proprietatis distinguo, nec cum A. Fab. 7. *Conic.* 4. inter Bonitarium, & Quiritarium, nec cum DD. vulgo & Forst. 1. *de Succ.* 5. *n.* 5. inter directum, & utile; sed dico tamen id non ipso iure acquiri, nec nuda habendæ hereditatis voluntate, sed petita, & accepta bonorum possessione, acceptaque ipsarum rerum apprehensione. Exemplo hæc quæ impeditiora videri possint, apertiora reddentur. Suus heres ab intestato veniens, vel testamento scriptus ipso iure per se est heres, ac efficitur a lege; Institutus alius in testamento, quia id Lex confirmat *L.* 120. *de V. S.* per se heres fieri potest vel aditione, id est sola animi sui hereditatem agnoscendi declaratione, vel gestione pro herede, etiam extra iudicium vid. *supr. C.* 8. Emancipatus autem, cui prætor succurrit, bonorum possessione data, non per se, nec ipso iure efficitur heres; id est, non eo ipso quod voluntatem admittendorum bonorum paternorum aperit, & declarat, rerum hereditariarum dominium nanciscitur, sed necesse est adeat prætorem, intra tempus præfinitum, bonorum possessionem petat, & agnoscat. Qua obtenta, nec dum quidem statim dominium verum consequitur, sed ius, & facultatem persequendi patrimonii, possessoriam hereditatis petitionem, aliasque actiones utiles. Retinendi autem si iam ante res teneat, vel earum possessionem vacantem apprehenderit. Ubi autem earum actionum ope possessionem nactus fuerit, item eo casu, quo res ipse tenet, dominium earum rerum quæ in bonis sunt consequitur *d. L.* 1. *h.* 2. non tamen a prætore solo (sicuti a lege sola heres civilis *L.* 23. *pr. de acq. poss.*) sed accedente facto suo, & mediante possessione &c. Et proprietatem utique successorem honorarium, sic adipisci non inscite etiam probat Robert. 3. *Animadv.* 9. *ex L. uls. D. de possess. hered. petit.* ubi tantundem consequi dicitur bonorum possessor possessoria petitione, quantum heres actionibus civilibus. Non autem consequeretur tantundem, si possessionem citra dominium, nec si dominium bonitarium duntaxat obtineret. Minus enim est habere possessionem, minus iam olim existimatum rem esse in bonis, quam in dominio. Nec proprie dicitur etiam dominium possessionis, de quo convenientiori loco. Errantque qui volunt possessionem acquiri rerum, impetrata bonorum possessione, quia possessorem facere sit iurisdictionis; Cuiac. 3. *not. Mercat.* 9. Nam uti qui corporaliter possidet, nihilominus necesse habet petere, ut bonorum possessio sibi decernatur, ita, decreta bonorum possessione, non tribuit corporalem possessionem, sed ius eam persequendi, Mynf. *in pr. I. h. t. n.* 7.

5) De differentia civilis, & honorariæ successionis vid. Forst. *Lib.* 1. *de Success. ab intest. C.* 5. *& Lib.* 2. *C.* 30.

6) Licet ius successionis prætoriæ medium inter testati, & intestati caussam vocet, P. Greg. 43. *Synt.* 2. *n.* 1.

fessione deferenda, in ea acquirenda, tum in quæsitæ commodis, & incommodis communia sint cum ea, quæ ab intestato defertur, ea hoc loco in commune dicta, & hinc sumenda intelligi velimus.

VIII. Defert ergo bonorum possessionem prætor etiam [7] ex testamento, dum heredi instituto dat bonorum possessionem secundum tabulas. Neque id ex alio testamento, quam quod ab initio ita factum est, ut a persona testantis, & a solemnibus testamenti iure factum sit. Sed neque defert eodem ordine, quo ius civile, nec, si speciales spectentur, ex iisdem caussis. Ius civile ita est, ut quandiu ex testamento adiri potest hereditas, tandiu ab intestato non deferatur; *L. quandiu potest*, 39. *D. de acq. her.* & ut est in *L. in plurium*, 70. *D. eod.* si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet. Et prætor in bonorum possessione idem servat. *d. L. in plurium*. præterquam una hac in re, si eo testamento præteriti sint liberi sui heredes maxime emancipati, qui si in potestate mansissent, sui iuris futuri essent. His enim ante omnes dat bonorum possessionem [8] contra tabulas. *L.* 1 *§.* 1. *L.* 4 *§.* 1. *§* 2. *D. de bon. pos. cont. tab.* Ac de hoc ordine ita scribit Ulpianus in *L.* 2. *in princ. D. de bo. poss. secun. tab.* æquissimum ordinem prætor secutus est. Voluit enim primum ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere: mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quandiu bonorum possessionem petere possunt. Quod si tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel ius petendæ bonorum possessionis amiserint: tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos. Hæc ille de ordine superiore. Quo remoto, quod fit, cum scriptis heredibus nemo obstabit ex iis, qui petere possunt bonorum possessionem contra tabulas: tum ita defertur his iure prætorio ex testamento bonorum possessio, ut ab his primum incipiatur, sicut dixi; tum deinde perveniatur ad eum, qui ab intestato potest petere *d. L. in plurium, de acq. her.*

IX. Atque hic primum quibus scriptis heredibus deferatur bonorum possessio secundum tabulas, quærendi locus est. Quæ si deferretur iis solum, quibus iure civili hereditas, non laboraremus. Priore enim iure cognito, in hoc posteriore idem, aut etiam minus præstante esset supervacuus labor. Nunc autem longe defertur aliis pluribus, prout æquitas, & humanitas hoc beneficium exigere visa est. Æquitas autem ex caussis, quarum iure civili nulla ratio habetur. Intelligentur hæ caussæ facilius ex iuris civilis comparatione. Iure civili deferendæ ex testamento hereditatis una hæc in testamento idonea caussa est, si testamentum & valuit ab initio, nec postea ruptum, irritumve factum est. Quod si quid horum contra evenerit, ius hoc constanter retinetur, ut, quod semel non valuit, non possit tractu temporis convalescere. *L.* 1. *D. de reg. Cat. L. quæ ab initio*, *L. quod initio*, *D. de reg. iur.* Interdum iure civili cum recte delata sit hereditas, quædam caussæ prohibent, quominus ea adiri possit, ac nisi succurritur, futurum sit, ut amittatur. Atque in his auxilium prætoris ex iustis caussis intervenit, ut, qui alioqui iure summo heredes fieri ex testamento non possunt, ex æquo, & bono admittantur ad bonorum possessionem. Et si a testamento obiicitur impedimentum acquirendæ hæreditatis: res in eo ita temperatur edicto prætoris, ut si impedimentum sublatum fuerit vivo testatore, ac testamentum redierit in eum locum, unde incipere poterat, tum prætor ex æquo, & bono testamentum sic accipiat, quasi valeat, & det scripto heredi secundum tabulas bonorum possessionem. Quod & in rupto, & in irrito, atque adeo in iniusto testamento accidit. In rupto: ut si postumus testamento præteritus, vivo testatore natus sit, & idem vivo testatore mortuus. *L. postumus, D. de ini. rup.* In irrito: ut si testator testamento facto arrogatus sit, aut in insulam deportatus, deinde rursum, mutato statu, civis Romanus, & sui iuris factus, eo statu decesserit. *§. non tamen. Inst. quib. mod. testam. inf.* quorum utrumque quomodo accipiendum sit, scripsi pluribus supra in ea parte, quæ est de infirmandis testamentis, libri superioris *Cap. XVI. in extremo*, unde petetur. In iniusto; ut, si filiis quibusdam heredibus institu-

[7]) P. Greg. 43. *Synt.* 3. *n.* 3. secundum tabulas appellari bonorum possessio, non quod Prætor semper sequatur testamentum, quia aliquando contra id decernit: sed quia, exstante testamento, eam decernit, *post Gl.* quam refert *in L. ult. C. Unde legit.*

8. De bonorum possessione contra tabb. P. Greg. 43. *Synt.* 4. Cuiac. 4. *ad Afric. ad L.* 14. *contra tabb.* Treutl. & ab ipso allegati *Vol.* 2. *Disput.* 15. *Th.* 3. quibus adde Vasq. *Lib.* 1. *de Success. resolut.* §. 10. *n.* 39. *& seq.* vocatur *& contra lignum L.* 19. *D. contra tabb.* id est contra ligneas testamenti tabulas, de quo vid. Duar. 2. *Disp.* 20. Cuiac. 11. *Obs.* 14. Hot. 4. *Obs.* 1. Forner. 2. *Select.* 9. Vulgo legitur in *d. L.* 19. *contra legem* teste Zoanetto *Restit. ad Dig. Ca.* 4. qui ea verba interpretatur: contra voluntatem testatoris, quæ altera Lex est.

ſtitutis, unus ſit præteritus, & idem aut moriatur vivo teſtatore, aut, eo mortuo, ſe abſtineat bonis; atque hoc modo in eum locum veniat, quaſi nec ſit inſtitutus. *L. filio, D. de ini. rup.* de qua ſpecie ſcripſi eiuſdem libri Cap. XIII.

X. Quod ſi impedimentum, quod iure civili obſtat, erit ex eo, quod quis eo iure adire hereditatem non poſſit: hic propriis de cauſſis ſubvenitur tribus generibus perſonarum. Primum heredibus eorum, quibus impedimentum ſolum iuris temporale extrinſecus obiectum obſtitit, quominus adirent hereditatem; quam alioqui iure communi recte adire poterant: accidit autem his, ut interim decederent. Deinde pupillo nec patrem, nec tutorem habenti: Tum filio inſtituto, eiuſque heredibus, cum venter; ſeu is, qui in ventre eſſe dicebatur, eſſet præteritus. Prioris generis impedimenta ſunt duo. Unum obiicitur ex Carboniano edicto; adverſus quod & remedium ſuperius. Hoc quid ſit, declaratur in *L. ſcriptus. D. de Carb. ed.* Alterum obiicitur ex ſenatusconſulto Silaniano: quam ob cauſſam & ſuperius remedium admitti. De qua ſpecie eſt in *L. 3. §. ult. L. 4. D. de ſen. Silan.* ac de his dixi ſupra pluribus huius Lib. Cap. IV. Impuberi, qui infantiam excesſerit, Conſtitutionibus ſit poteſtas, ut ſi nec parentem, nec tutorem habeat, cuius conſenſu, & auctoritate poſſit hereditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem conſequi, poſſit prætorem adire, & eius decreto hoc ius conſequi. Sic eſt Conſtitutio Theodoſii in *L. ſi infanti, in fin. C. de iur. del.* Non impetratur a prætore hereditas, sed dumtaxat bonorum poſſeſſio. *§. quos autem, Inſtit. de bon. poſſeſ.* Sit igitur hic bonorum poſſeſſio beneficio prætoris, quod conſtitutio in hanc ſpeciem induxit. Quod & ipſum alia conſtitutione Conſtantii prius paulo generalius effectum erat: ubi & diſerte in hac ſpecie emolumentum ſucceſſionis iure prætorio quæri dicitur. Ea eſt *L. bonorum. C. qui admit. ad bonor. poſſeſ.* Cum autem filius inſtitutus eſt ventre præterito, ideſt poſtumo, qui erat, aut eſſe dicebatur in utero: quandiu incertum eſt, an poſtumus naſcatur: si quidem mulier prægnans eſt: nec filius in poteſtate retentus, nec emancipatus iure civili poteſt exsiſtere heres. Si prægnans non eſt, filius emancipatus adire non poteſt. *L. cum quidam, 30. §. 1. §. quod dicitur, L. ventre 84. D. de acquir. hered.* Et ſi interim decedant ambo, ſummo iure ad heredem ſuum non tranſmittunt hereditatem, qui eam non obtinuerunt. Sed cum iniquum ſit, utroque caſu excludi eum, qui in omnem eventum, & quidem nato poſtumo, heres futurus eſſet: viſum eſt, æquum eſſe utrique ſuccurri & filio, & heredi eius, ut, & vivo filio petenti detur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, aut contra tabulas; & ſi deceſſerit ante, quam peteret, ſalvum ſit idem commodum eius heredibus, prætore bonorum poſſeſſionem cauſſa cognita his decernente. *L. 4. §. ult. L. 5. D. de bon. poſſeſ. cont. tab. d. L. ventre, de acq. her.* Attigi & hanc ſpeciem ſupra Cap. IV. quia ad tranſmiſſionem hereditatis, de qua illic ſermo erat, & ipſa pertinebat.

XI. Quæ ſequuntur in bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, de quibus prætor cavit, omnia ſunt eiuſmodi, quæ ſint teſtamentariæ bonorum poſſeſſioni cum ea, quæ ab inteſtato defertur, communia: nempe hæc; tempus agnoſcendæ bonorum poſſeſſioni præſtitutum; eius acquirendæ conditio & modus; tum quæſitæ commoda, & incommoda. De quibus ideo ita a me hoc loco dicetur, ut de utraque ſpecie in commune dictum intelligatur.

XII. In deferenda ergo tum hereditate, tum bonorum poſſeſſione, diſtat inter utramque ſpeciem deferendi tempus. Nam adeundæ hereditati nullum certum tempus præfinitum eſt, ſed qui non repudiavit, ſemper poteſt adire. *L. ſi curatoris C. de iur. del.* niſi tamen impetraverit tempus ad deliberandum, de quo dixi ſuo loco. Bonorum autem poſſeſſioni agnoſcendæ omni tempus præſtitutum eſt a prætore certum: liberis quidem, & parentibus annus; cæteris autem centum dies. *§. cum igitur. Inſt. de bo. poſ. L. 1. §. ſi intra. §. largius. D. de ſuc. ed.* Sed centum dies utiles; annus 9 item utilis: ideſt,

9) Videtur noſter hoc velle, quod infanti huic tutore deſtituto nullus ad civilem ſucceſſionem pateat aditus, ſed ſolum prætorium bonorum poſſeſſio remedium ipſi ſuperſit. Mihi ſecus videtur; ſtatuoque, quo caſu tutor hereditatem civilem nomine infantis acquirit, eodem poſſe ipſi acquiri eamdem per prætorem. Nec me movet ratio Donelli *Sola bonorum poſſeſſio a prætore impetratur*. Hic enim non a prætore impetratur ius acquirendæ hereditatis impuberi delatæ, ſed prætor ſolum auctoritatem accommodat impuberi, eius imperfectum conſenſum ſupplet loco tutoris, cuius vicem ſubit. Subrogatum autem ut habet traſtitium iſtud, ſapit naturam eius cui ſubrogatur. Imo retorſione hic uti licet: Bonorum poſſeſſio omnis a prætore originem habet, primus prætor iure civili defectis, vel quibus lege non ſatis proſpicitur, hoc beneficio ſubvenit. Atqui ut tutore deſtitutus pupillus prætorem adeat, &c. eſt ex beneficio conſtitutionis principalis Theodoſii & Valentiniani *d. L.* 18. Et quid ſi hic impubes annum prætterlabi paſſus ſit? Iniquum eſſet, tempore eum excludi, meliuſque rem ei ſalvam ſervari, quam poſtea reſtitutione in integrum forte ſuccurri. Quin immo eo caſu, quo vel expedit impuberi bonorum poſſeſſionem potius agnoſcere, vel illi

id eſt, conſtans diebus utilibus. *L. 2. in pr. D. quis ord. in bon. poſ. ſer.* Sic vocantur dies, quibus is, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, ſcierit ſibi delatam eſſe & potuerit delatam admittere. Quod quid ſit, explicatur pluribus in *d. L. 2. D. quis ord. in bon. poſ. ſer.* Exſtat & huius verbi generalis explicatio in *L. 1. D. de diu. temp. præſ.*

XIII. Acquirendi conditiones bonorum poſſeſſioni cum hereditate fere [10] communes. Nam nec bonorum poſſeſſio acquiri poteſt, niſi iiſdem illis conditionibus, ſi ſit delata; *L. 1. L. 2. C. qui adm. ad bon. poſſ. L. in plurium. D. de acq. her.* ſi is cui defertur ſibi delatam ſciat; *L. qui hereditatem. 19. D. de acquir. her.* & qui acquirit, obligare poſſit vel ſe ſibi acquirens, vel alium, cui acquiret. *§. neque tamen. Inſt. de auct. tut.*

XIV. Eſt tamen, quod in his interſit inter hereditatis, & bonorum poſſeſſionis acquiſitionem. Nam primum adire hereditatem non delatam nemo poteſt. *L. ſi quis extraneus. 21. §. 1. D. de acquir. her.* Nondum autem bonorum poſſeſſionem delatam pendente adhuc conditione, ſub qua delata eſt, petere, & agnoſcere quivis poteſt: &, ut eſt in *L. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* quamvis teſtatio amplectendæ honorum poſſeſſionis apud iudicem interpoſita intra alienam vicem, id eſt prioris gradus, properantius exeratur; nihilominus tamen efficaciam parem, quaſi ſuis ſit uſa curriculis, conſequetur. Exeritur teſtatio amplectendæ hereditatis, cum hereditas, ſeu bonorum poſſeſſio agnoſcitur apud iudicem. Exeritur properantius, cum agnoſcitur ante, quam bonorum poſſeſſio deferretur. Exeritur intra alienam vicem, id eſt prioris gradus, cum agnoſcitur intra id tempus, quo priori gradui adhuc deferebatur. Ut ſi ſubſtitutus agnoſcat per id tempus, quo inſtituto defertur; aut ab inteſtato inferior gradus cognatorum agnoſcat eo tempore, quod adhuc priori gradui integrum eſt. Id etſi ita fiat, tamen iubet conſtitutio ſuperioribus verbis tam valere hanc teſtationem apud magiſtratum editam, quam ſi uſa eſſet ſuis curriculis: id eſt, intra ſua tempora, quibus defertur, agnita eſſet. Sed hoc, inquam, ſic accipiendum eſt, ut iſto modo bonorum poſſeſſio idonee agnita intelligatur, proſitque agnitio ad hoc, ut cum poſtea bonorum poſſeſſio deferri cœperit, non ſit neceſſe iterum magiſtratum adire, & apud eum eamdem teſtationem repetere. Non etiam ut ea teſtatio valeat iam tum ad acquirendam hereditatem. Quæ utique nec prius acquiri cuiquam poteſt, quam fuerit ei delata, nec prius defertur inferiori gradui, quam prior excluſus fuerit. *d. L. in plurium. de acq. her.*

XV. Itaque inter celeriorem aditionem, & celeriorem bonorum poſſeſſionis petitionem hoc intererit, quod aditio nondum delatæ hereditatis nulla eſt, nec prodeſt, quamvis poſtea hereditas deferri cœperit. Petitio autem bonorum poſſeſſionis nondum delatæ valet nihilominus; ſed hactenus, ut pro petitione iuſta habeatur, non etiam pro acquiſitione bonorum poſſeſſionis.

XVI. Sed & in his, per quos quæritur aliis hereditas inter aditionem hereditatis, & bonorum poſſeſſionis agnitionem ad conditionem acquirendi hoc intereſt, quod hereditas per ſervum, aut filiumfamilias ita voluntate domini, vel patris acquiri poteſt, ſi iuſſus præceſſerit: bonorum poſſeſſio per eos delata nobis nec iubentibus ab his ipſis peti poteſt, ut tum nobis acquiratur, cum ratam petitionem habuerimus, dum id fiat intra id tempus, quo agnoſcere ipſi potuimus. *L. 6. L. ſi quis mihi, 25. §. iuſſum, D. de acq. her. L. 3. §. acquirere. D. de bon. poſſeſ. L. pen. D. rem rat. hab.* Quinimmo & bonorum poſſeſſione nobis delata, per [11] alios quoſvis noſtro nomine petentes idem conſequi poſſumus. Uſque adeo, ut ſervus alienus admittere poſſit noſtro nomine, item & fœmina. *L. ſervus. D. de bon. poſſ.* Qui locus cum ſupra quoque in acquiſitione hereditatis civili incidiſſet, ibi huius differentiæ rationem reddidimus, huius libri Cap. VI.

XVII. In ipſa harum rerum acquiſitione, hereditatis dico, & bonorum poſſeſſionis & animus ad acquirendum, & ritus acquirendi intereſt: repudiatio autem utriuſ-

illi ſoli locus, inconveniens videtur, ut idem prætor loco tutoris quaſi impuberis nomine petat, petentiſe adſiſtat, & auctoretur, ac idem ad petitionem decernat, ut ita duo oppoſiti reſpectus in eumdem concurrant, idem ſit quodammodo petens, & a quo petitur. Forte igitur eo caſu alius magiſtratus pupillo auctoritatem accommodabit, alius bonorum poſſeſſionem concedet, & decernet. De quo tamen nihil firmiter aſſero.

10) *§. pen. I. h. t. L. 2. C. Qui admitti.* Non igitur facti ignorantia obeſt *L. 5. C. d. t.* ſed iuris *L. 6. C. eod.* vid. Forſt. 1. *de Succeſſ.* 5. *n.* 35. & *Lib.* 2. *Cap.* 30. *n.* 2. ubi tradit, ignorantem etiam tricennali lapſu excludi, vid. & P. Greg. 43. *Synt. n.* 11.

11) Quicunque hereditatis incapaces, iis nec bonorum poſſeſſio datur, *L. 12. §. 1. h. t.* Quem §. intellige de generali incapacitate ſuccedendi, quando ſcilicet Lex generatim omnem ſucceſſionem adimit, non ubi ſpeciatim huius, vel illius. Lex enim proxime ſequens 13. præcedentem eam *L. 12.* explicat, quod accipiendum ſit, quando ob delictum &c. adempta ſucceſſio, vid. Baro. *in §. 1. I. h. t.* Duar. *h. t. C.* 4. P. Greg. 43. *Synt. 3. n.* 7. Forſt. 2. *de Succeſſ.* 28. *n.* 26.

utriusque uno modo, nempe solo animo pariter transigitur. Hereditas iure civili invitis acquiri potest. Certe acquiritur hoc modo necessariis, & suis heredibus. *Inst. de hered. qualit. & differ.* in pr. & *§. sui.* versic. *necessarii.* Bonorum possessio invito nemini acquiritur, ne superioribus quidem. *L. 3. §. invito. D. de bon. poss.* Quippe quæ non nisi petenti, & accipienti, ut olim; hodie non nisi apud magistratum agnoscenti detur. De quo mox plura in ritu eius acquirendæ.

XVIII. Ritus vero hic ita se habet. Nam cum hereditatis acquisitio nullum externum ritum desideret: sed hereditas ipso iure sine cuiusquam facto acquiratur necessariis, & suis heredibus; extraneis autem sola animi destinatione ubicumque & quomodocumque testata: *§. item, extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* hoc habet amplius bonorum possessio, ut in ea admittenda intervenire oporteat auctoritatem magistratus.

XIX. Atque hic olim ritus fuit. Petebatur a magistratu bonorum possessio. *L. 3. §. acquirere, D. de bon. poss. L. 1. §. si intra, §. largius. D. de suc. ed.* unde Titulus C. *quando non petentium partes petentibus accrescant*; pro, *quando non agnoscentium bonorum possessionem partes agnoscentibus accrescant*. Et petebatur solemniter, ut est in *L. 1. C. com. de suc.* idest [12] solemnibus verbis in eam rem comparatis, ut significatur in *L. ult. C. qui adm. ad bon. pos.* Petenti prætor bonorum possessionem dabat, si quis modo petere se diceret ex ea caussa, ex qua prætor edicto bonorum possessionem pollicebatur. Unde illa: bonorum possessionem alicui dari posse. *L. 3. §. dari. D. de bon. poss. L. 1. §. quibus, D. de suc. ed.* item si quis dari sibi noluerit, pro si non admiserit. *d. L. 1. §. quibus, de suc. ed.* Item, quorum bonorum ex edicto meo illi bonorum possessio data est. *L. 1. D. quo. bon.* Ita fiebat rursum, ut qui agnosceret, datam, diceretur accipere bonorum possessionem. *L. 2. D. si tab. test. nul. exst.* Ex quo hæc omnia in eadem re, petere bonorum possessionem, accipere, agnoscere, amplecti. Etiam ad ritum petitionis pertinebat persona magistratus. Neque enim omnes bonorum possessionem dare poterant, sed solum qui præerant iuri dicundo; prætor in urbe, præsides in provinciis. *L. 2. §. dies, §. in bonorum, D. quis ord. in bo. pos. ser.* idque ex ipsis verbis edictorum satis intelligitur: quibus prætor non alium daturum bonorum possessionem, sed se daturum pollicebatur. *L. 1.* in pr. *L. si quis ex his, D. si tab. test. nul. exst.* Hinc illud *L. 1. D. de iurisp.* Ius dicentis officium consistere etiam in bonorum possessione danda.

XX. Ab hoc ritu recessum postea constitutione Constantini, quæ exstat in *L. ult. C. qui ad. ad bo. poss.* qua constitutione de vetere ritu tria hæc sunt sublata; solemnitas verborum; discrimen magistratuum adeundorum; tum petitio, & datio bonorum possessionis. Primum iubet constitutio facessere hic inanium verborum captiones. Deinde pro maioribus magistratibus quemlibet iudicem, atque adeo duumviros, idest magistratus municipales, adeundi potestatem facit. Postremo pro petitione, & datione vetere, quæ a magistratu impetrabatur, sufficere vult qualemcumque testationem amplectendæ hereditatis, quæ testatio apud superiores magistratus ostendatur. Amplectendæ hereditatis, idest, bonorum possessionis: cum & hanc testationem edi lex velit apud iudicem, & velit eam temporibus iure prisco statutis coarctari, quæ omnia constat propria esse bonorum possessionis, *§. cum igitur, Inst. de bo. pos. L. 1. §. quibus, §. largius de. fuc. ed.* Sed & de bonorum possessione legem superiorem Constantini Iustinianus diserte accepit in *L. ult. §. nos itaque C. de cur. fur.*

XXI. Animadvertendum tamen est, constitutionem hanc de bonorum possessione edictali, quæ decretum prætoris non desiderat, accipiendam esse: ad decretalem bonorum possessionem [13] non pertinere.

XXII. Quod ut intelligatur, pertinet ad hunc locum nosse, [14] omnem bonorum possessionem a prætore partim ex decreto dari solitam, & caussa cognita; partim sine decreto, & sine ulla caussæ cognitione.

XXIII. Illam veteres decretalem vocant:

12) Alia ratio est aditionis hereditatis; vid. *supr. Cap. 10. N. 6. & ibi not.* Cuiac. 1. *Obs.* 34. discrimen inde esse putat, quod bonorum possessio non sit ex iure civili, & aspero, sed prætorio, ac benigno. Et Vasq. *Lib. 2. de success. resolut.* §. 18. *n.* 35. prætorem considerare magis rei effectum, quam medii iuris principium, vid. & Hot. *Ill. Q.* 34. & 2. *Amic.* 34. Cont. 2. *Lect. subsec.* 17.

13) Formulæ autem petendi diversæ erant, totidemque quot edicta prætorum bonorum possessionem proponentia, P. Greg. 43. *Synt.* 2. *n.* 9. & *C.* 3. *n.* 6.

14. Consentit Duar. *h. t. C.* 5. Alciat. 2. *Paradox.* 13. antiquam formulam sublatam esse, in *d. L. ult.* non vero interpositionem decreti. Nec in correctoris extensionem fieri debere. Referente, & reprobante Walth. 1. *Misc.* 15. quia agnitio, inquit, fieri potest, etiam apud duumviros *d. L. ult.* quos constat decreti interponendi auctoritatem non habere *L. 4. §. 3. de damn. infect.* Verumne hoc, & perpetuum, alibi convenientius dicetur.

L. 1. §. decretalis. D. de suc. ed. hanc edictalem. L. 1. §. 1. in fi. D. si tab. test. nul. exst. quia scilicet ex edicto prætoris daretur. Sumptum ex verbis prætorum, quibus illi hanc designantes ita exprimebant, ut dicerent alicui bonorum possessionem ex edicto datam esse: uti & interdictum quorum bonorum conceptum est. *L. 1. D. quo. bo.* Non sane, quod decretalis honorum possessio non daretur etiam ex edicto. Nam & Carboniana bonorum possessio decretalis est; *L. si impubes.* in pr. & §. *& si pupillus. D. de Carb. ed.* quæ tamen dicitur dari ex edicto Carboniano. *L. cum mulier. L. quæritur. D. eod.* sed quia *edictalis* verbo intelligi volunt eam, quæ datur ex edicto solo sine alia caussæ cognitione; *decretalem*, eam, quæ ita est ex edicto, ut decretum magistratus adiunctum habeat, ac sine hoc non detur: &, ut loquitur Ulpianus, quæ insuper caussæ cognitionem, & decretum desideret. *L. 2. §. dies, D. quis ord. in bo. pos. ser.* Appellatione sumpta ex eo, quod huius generis proprium erat, non commune. Similiter ut in obligationibus ex contractu dicimus, quasdam contrahi consensu, quasdam re, & verbis. *§. ult. Inst. de ob.* Nam & hic constat, nullum esse contractum sine consensu, & conventione. *L. 1. §. 1. D. de pac.* Sed ideo consensu dicuntur specialiter quædam contrahi, quia contrahuntur consensu solo: cum cæteræ ita contrahantur consensu, ut non contrahantur solo, sed cum ad consensum aliquid accesserit, puta res, aut verba. Quibus etiam ex rebus tanquam reliquorum contractuum propriis, appellationes eorum generum natæ sunt. Fuerit ergo edictalis omnis eiusmodi, quæ quia solam aditionem prætoris desideraret ad amplectendam apud eum, & verbis dumtaxat ab eo accipiendam honorum possessionem, potuerit carere solemni ista petitione, & acceptione bonorum possessionis, & contenta esse nuda testatione amplectendæ hereditatis apud quemlibet iudicem. Et de ea Constantini constitutio loquitur, cui apparet, propositum fuisse in honorum possessione apud iudicem agnoscenda præcidere res inanes, & ad eam agnitionem non necessarias.

XXIV. At si quæ fuit bonorum possessio, quæ non in agnitione solum posita, etiam caussam desideraret, propter quam daretur, proinde & caussæ eius cognitionem, cuiusmodi est, quam decretalem vocamus: ad eam, inquam, superior constitutio non pertinet; cum totum hoc genus non constiterit verbis inanibus & captiosis, aut etiam supervacuis, quæ constitutio dicit se excludere: sed habuerit adiunctam caussæ cognitionem non modo iustam, sed etiam necessariam, in re, non in verbis positam.

XXV. Manebit igitur etiam nunc in hoc genere vetus caussa dandi, & propter caussam eius ipsius caussæ cognitio, & caussa a magistratu cognita eius decretum ad obtinendam ex eo decreto bonorum possessionem. Et quoniam caussa cognosci, & ex caussæ cognitione ius reddi non potest a magistratu nisi more maiorum, idest pro tribunali: *L. pen. D. de iust. & iur.* eo fit, ut hic bonorum possessio non alibi ne nunc quidem dari debeat, quam pro tribunali; nec ab aliis magistratibus, quam olim, idest, iis qui tribunali præfuerunt. *L. 3. §. si caussa, D. de bo. pos.* Solum hoc videndum erit, quæ sint huius generis, ut sciamus, in quibus forma vetus adipiscendæ honorum possessionis manserit.

XXVI. Et decretales honorum possessiones, idest, quæ ex caussa, eaque cognita, & ex decreto dentur, sunt tres: Carboniana vetus proposita impuberi, qui negatur esse filius, & proposita Carboniano edicto, de qua titulus, *de Carb. ed.* Ea, quæ impuberi nec parentem, nec tutorem habenti datur, maxime ex constitutione Theodosii. *L. si infanti, in fi. C. de tur. del.* Item ea, quam de sententia veterum placuit admitti, cum filius emancipatus institutus est, præterito eo postumo, qui putabatur esse in ventre, cum mulier non esset prægnans. De qua in *L. 4. §. ult. L. 5. D. de bo. pos. cont. tab.* & *L. ventre, D. de acq. her.* Omnes hæ dantur contra rationem iuris civilis, & dantur suprascriptis personis non simpliciter, sed sub conditione, si caussa sit, cur dari debeant. Unde necesse est huius caussæ cognitionem induci, ut quæratur, utrum ea caussa subsit, necne, ad permittendam bonorum possessionem.

XXVII. Carboniana datur filio impuberi, qui negatur esse filius, aut contra tabulas, si sit præteritus, aut unde liberi ab intestato, aut secundum tabulas, si sit institutus tanquam postumus, & negetur, esse filius postumus. *L. 1. in pr. L. 3. in pr. D. de Carb. ed.* Et datur contra rationem communis iuris hoc modo. Nam cum in hac controversia, an impubes filius sit, necne, si res gereretur ex communi iure, petitionem hereditatis institui oporteret, & in ea caussam status statim agi, ut qui vicisset ex his, qui de ea hereditate contendunt quasi heredes, his restitueretur hereditas: hic contra favore

vore, impuberis placet, impuberi perinde bonorum possessionem dari, ac si nulla de ea re controversia esset, & iudicium status in tempus pubertatis differri. Utrumque tamen ita, nisi statim constare posset impuberem non esse filium, aut in re dubia nisi impuberis interesset cognitionem non differri, ne probationes de statu, quæ nunc certæ esse possunt, tempore intercidant. *d. L.* 1. *in pr. d. L.* 3. *§. caussæ*, *§. duæ*, *D. eod.* Accedunt præterea in hac bonorum possessione danda hæ conditiones: quod hic hereditas permittitur impuberi, seu eius tutoribus, si pro pupillo satis detur ei, qui impuberi quasi heres generis controversiam facit. Aut si non satisdetur, una adversarius mittitur in possessionem bonorum. Qui si hoc casu velit committi sibi administrationem, impetrat, dum satisdet pupillo. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 5. *§.* 1. *D. eod.* Quæ cum conditiones omnes hic expendi debeant, & cognosci, an extiterint, necne: apparet, quam hic necessaria sit harum caussarum cognitio, quamque pendeat datio ex hac cognitione. Facit vero hæc cognitio, ut cum inde permissa erit bonorum possessio, in eo permissa sit decretum illud, quod dicimus: & ipsum ad obtinendam bonorum possessionem necessarium. Inde dictum id Carbonianum decretum. *L. si impubes*, in princ. & *§. si pupillus*, *D. eod.* ex quo & bonorum possessio *decretalis*.

XXVIII. Licet eadem animadvertere in ea bonorum possessione, quæ recepta est in [15] persona pupilli tutorem non habentis. Impuberi si hereditas delata est, quanvis iure civili, puta scripto heredi, aut heredi legitimo: tamen sine tutoris auctoritate nec iure civili, hereditatem acquirere potest: *L. cum in una*, *§. ult. D. de appel. L. potuit. C. de iur. del. §. neque tamen*, *Inst. de auct. tut.* neque adeo iure prætorio bonorum possessionem amplecti. *L. bonorum. C. qui adm. ad bon. poss.* At constitutione Theodosii, qua de hac re plenius cautum est, *L. si infanti. in fi. C. de iur. del.* (nam & de eadem re cantum iam ante fuerat generalius constitutione Constantii, in *L. bonorum*, *C. qui adm. ad bo. pos.*) ea inquam constitutione Theodosii ei impuberi datum est, ut, si nec parentem, nec tutorem habeat, & maior sit infante, possit adire prætorem, & eius decreto ius hereditatis consequi. Quia autem hic iure civili summo non acquiritur hereditas: fit, ut quod hic dat magistratus, sit bonorum possessio, nec emolumentum successionis videatur ei aliter quæri, quam iure prætorio, ut declaratur in *d. L. bonorum*, *C. qui adm. ad bo. poss.* Decretum hoc aperte cognitionem præcedentem exigit, *L. nec quidquam*, *§.* 1. *D. de off. proc. L.* 3. *§. pen. D. de bo. poss.* Est autem caussæ cognitio in eo, ut cognoscat prætor, utrum pupillus tutorem habeat, necne: & si non habet, an expediat ei necne hereditatem admittere. Si hic decretum, & ex decreto bonorum possessio: perspicuum est & hic bonorum possessionem decretalem esse, & eam, quæ superiore magistratus cognitione carere non possit.

XXIX. Eadem licet agnoscere in ea bonorum possessione, quæ filio instituto, aut eius heredibus datur, cum venter est præteritus. Quæ quam caussam habeat, & quam desideret eius caussæ cognitionem, ac per hanc decretum magistratus, non difficile intelligetur ex ipsis locis, in quibus de ea agitur, ut *d. L.* 4. *§. ult. L.* 5. *D. de bon. poss. cont. tab. L. ventre. de acquir. hered.*

XXX. Sunt ergo hæ bonorum possessiones, quæ decretum magistratus necessarium desiderantes veterum ritum in acquirendo retinent. Cæteræ, quas edictales tantum dicimus, eæ sunt, in quibus solemnitate petendi, & dandi, & necessitate magistratus superiores adeundi sublata, sufficit, apud iudicem, & magistratum quemlibet nuda amplectendæ hereditatis testatio ex superiore constitutione Constantini. *d. L. ult. C. qui admit. ad bon. poss. pos.* Interim in his quoque hoc ex superiore iure mansisse animadvertimus, ut saltem apud iudicem aliquem testationem amplectendæ bonorum possessionis, seu hereditatis ostendere oporteat, & hactenus ad acquirendam hereditatem, præter agnitionem, necessaria sit iudicis, & magistratus cuiuslibet velut auctoritas. Hoc eam vim habet, ut si cui aliter, quam agnita bonorum possessione non possit acquiri hereditas, huic ad acquirendam hereditatem nihil prosit alibi, quam apud magistratum de voluntate suscipiendæ hereditatis

15) Ita & noster in *Op. post. ad L. pen. & ult. C: Qui admitti pag.* 45. *seqq.* Duar. *h. t. C.* 5. Goth. *ad Rubr. D. h. t.* P. Greg. 43. *Synt.* 2. *n.* 6. qui tamen edictalem (in quo a nostro diversum sentiunt) decerni putant, edicto mortui prætoris, sine caussæ cognitione, decretalem dari a prætore vivo caussa cognita. Eaque divisio communi DD. consensu probata, ut refert Zoannet. *Restitut. ad Dig. Cap.* 2. ubi eam impugnat, uti & Forcat. *Dial.* 11. *toto* Forst. 2. *de Success.* 26. Sed divisionem eam stabilit, ac tuetur, rationes Forsterii expendens, P. Gilcken. *de Pr. P.* 3. *C.* 1. *n.* 9. *& seqq.* & Fachin. 13. *Contr.* 36.

reditatis testatum esse: puta adiisse hereditatem, aut pro herede gessisse; & contra ei, qui hæc fecerit, nihil noceat fecisse, si forte ex pœnitentia heres fieri, & creditoribus hereditariis teneri nolit. Quod rescriptum est in *L. 1. C. de iur. delib.* de filia emancipata, cui cum deferretur solum bonorum possessio, puta præteritæ bonorum possessio contra tabulas, & ea servum hereditarium manumisisset, Idest ea fecisset, quæ ad manumissionem pertinent, aut mancipia quædam distraxisset: respondetur, eam vereri non debere, ne hereditati paternæ sit obligata. Non utique quia ista faciendo non gesserit pro herede. Gessit enim his factis re vera pro herede. *L. Julianus, §. si servum, L. pro herede*, in pr. ver. *servos D. de acq. her.* Sed quia, ut est in rescripto, his factis bonorum possessionem non agnovit, ei autem bonorum possessio solum deferebatur.

XXXI. Sed quod hic in acquirenda bonorum possessione exigitur, non item exigitur in repudianda. Non acquiritur, nisi agnita apud magistratum. At [16] ubivis repudiata, quæ delata erat, repudiatione amittitur: *L. 1. §. qui semel. §. quibus, §. sed videndum. D. de succ. ed.* Non mirum. Nam in re, quam a magistratu tibi tribui non petas, frustra voluntatem, & auctoritatem eius exspectes.

XXXII. Quæsita bonorum possessione, hereditas quæsita est, seu, ut est in *L. bonorum. C. qui admit. ad bon. poss. poss.* successionis emolumentum. Ut iam quæsitæ eadem commoda sint, & incommoda, quæ futura essent quæsita hereditate. Idque ita traditur in *L. 1. L. 3. in pr. D. de bo. pos.* de his autem commodis, & incommodis supra satis dictum est.

XXXIII. Ad extremum quæret aliquis, quid necesse sit in adeptione bonorum possessionis ad obtinendam hereditatem laborare. Nam si hereditas per se sola acquiri potest sine bonorum possessione, an non supervacuum est, bonorum possessionis agnoscendæ caussa magistratum adire, ut per hunc acquiratur hereditas, quæ sine nullo labore, & molestia, adde & perpetuo sola voluntate quæri potuisset? Sane vero ad acquirendam hereditatem esset prope [17] supervacuum, si nunquam ad eam acquisitionem necessaria esset bonorum possessio ex beneficio prætoris. Nunc autem sæpe est necessaria. Illas quidem, quas decretales esse diximus, necessarias esse ad obtinendam hereditatem, satis supra intellectum arbitror. Sed & ex edictalibus, quæ ex testamento competunt, supra ostendi illas esse necessarias, quæ tunc darentur ex æquo & bono, cum summo iure hereditas ex testamento obtineri non posset. Ab Intestato quæ sint necessariæ, tum dicetur, cum ad legitimas successiones venerimus. Reliquas, quæ aut iure scriptis, aut legitimis heredibus proponuntur, qui & sine bonorum possessione potuerunt aut ipso iure, aut sola destinatione fieri heredes, fatendum est, ad acquirendam hereditatem non esse necessarias. Prosunt tamen nonnunquam & ad acquirendam expeditius hereditatem, & ad quæsitam facilius obtinendam. Ad acquirendam hereditatem utile est bonorum possessionem recte agnovisse in hereditate servo delata, aut delata filiofamilias, quæ quidem patri per filium acquiratur. Nam cum hi frustra adeant hereditatem, ubi iussus domini, aut patris non præcessit: hoc in bonorum possessione observari iam supra dixi, ut possit rata haberi a domino, & patre, quam citra eorum voluntatem servus, aut filius agnovit. *L. 6. in pr. L. si quis mihi. §. iussum. de acq. hered.* Ad obtinendam autem facilius iam quæsitam hereditatem prodest omnis bonorum possessionis apud magistratum agnitio in eo, quod ei qui agnovit, non alii, dat prætor interdictum quorum bonorum. *L. 1. D. quo. bon.* Quo interdicto uti ad commodum possessionis celerius consequendum utilius est, quam uti [18] petitione hereditatis. Cuius rei rationem cum exposuerim diligentius, & ex professo ad *Tit. C. quo. bon.* nihil necesse est hoc loco, præsertim alieniore, persequi longius.

CAP.

16) Et per alium quoque repudiari potest; ut per servum *L. 1. §. 3. de Success. ed.* ubi notat Bellon. 1. *Suppus.* 15. comma (,) ponendum esse post verbum *servum*, atque eam vocem non referendam esse ad voculam *delatam*, quasi non deferatur servo bonorum possessio, si is institutus, sed per eum, domino, quod falsum est, sed ad verbum *repudiare*. Nam nec alias erit ulla dubitandi ratio, quin dominus sibi delatam ipse repudiare possit.

17) Et nec hodie quidem plane inutiles, multo minus autem per *Nov.* 118. abolitæ, neque tot iuris capita late patentia tacite, præter solitam gloriationem Iustiniani cum quid ex veteri iure immutat, abrogata censeri debent. Vid. Oldend. *Progym. action. Cl. 5. Act. 6. Q. An hodie petatur recte bonor. possessio*, Vasq. *Lib. 3. de Success. creat. §. 30. n.* 144. Donellus nost. *in Op. postum. ad Rub. C. Qui admitti pag.* 16. *& seq.* Sich. *ad Rub. C. Qui admitti n.* 6. *& seqq.* ubi duobus in casibus omnino adhuc necessarias esse contendit. Diss. Forst. Iunior *Tractat. Iustin. P. 1. Disp.* 16. *Q.* 8.

18) Ratio enim probandi expeditior, cum si probaverit, se filium, cognatum, &c. exceptiones, quæ ei obiiciuntur, differantur in iudicium directum: Donellus noster *ad Rub. Cod. Quor. bon. n.* 14.

De fideicommissariis hereditatibus.

C A P. X V.

Quid sit fideicommissum: unde verbi origo: Quæ vis hodie fideicommissorum: Re vetere mutata, nomen mansisse, & quam recte.

Transitio. I.
Etiam per fideicommissum hereditas defertur. II.
Fideicommissum quid. Eius præstatio olim libera. Quid de eo iam inde a tempore Augusti, ac deinde paulatim acciderit. III. IV.
Quam ob causam fideicommissi acquisitionem a directa hereditatis acquisitione Auctor distinxerit. V.

I. Dixi hucusque de testamentariis, iisque directo datis hereditatibus, uti scilicet recte testamento deferantur instituto, substitutove heredi, tum delatæ quomodo acquirantur, vel amittantur, & quæ utriusque facti commoda incommodave sint: sive hæ acquirantur iure civili, sive iure prætorio per bonorum possessionem. Erat, ut initio proposui, alterum genus delatarum suprema voluntate hereditatum, quas fideicommissarias vocamus: id est, earum, quæ suprema quidem voluntate, ut superiores, & sæpe testamento, verum non directo, sed per [1] fideicommissum relinquuntur. Quorum delatio, & acquisitio cum dissimili iure habeatur, merito hoc genus disiungimus a superiore, deque eo separatam tractationem instituimus. Quod & iuris auctores fecisse constat, ut distincti de hoc genere tituli facile ostendunt, in Pandectis quidem, & Codice ad senatusconsultum Trebellianum; in Institutionibus autem, De fideicommissariis hereditatibus. Ac de eo post prius illud expositum, sequitur, ut cognoscamus.

II. Non ergo, ut dixi, directo solum deferri potest hereditas voluntate eius de cuius bonis agitur, his modis, quos diximus: sed potest deferri & per fideicommissum. §. *ult. Inst. de pup. subst.* ut sit ea hereditas, de qua alii restituenda is heres, ad quem prius pervenit, rogatus est. *d.* §. *ult.* & §. *præterea, Inst. de fid. her.*

III. Fideicommissi nomen natum ex re, non quæ nunc est; sed quæ initio fuit. Idque explicatur ad hanc sententiam *Inst. de fid. her. in pr.* Nam cum primum in usum venit, ut [2] rogarentur heredes aut legatarii, ut quid præstarent alteri: vere [3] tunc dictum est, & uti res erat, id fidei eorum committi: quia scilicet ex fide, & voluntate eorum pendebat, utrum præstarent, necne: præstabant enim, si volebant; si nolebant, nullo ea res [4] vinculo iuris tenebatur. Quippe lex duodecim tabularum hæc, *uti quisque legassit rei suæ, ita ius esto*. L. verbis legis, *D. de ver. sig.* ita accepta erat, quasi ut quid ratum esset ex suprema voluntate, id legandi verbo, idest, ut interpretatur Ulpianus in fragmentis *Tit. de legat.* legis modo, & imperative relinqui oporteret.

IV. Post res animadversa primum ab Augusto cum esset, cui placuisset fideicom-

1) Et quidem vera. Infinities enim dicitur hereditas restitui, hereditas fideicommissaria, &c. Nec credendum sexcenties fere proprietate vocis ICtos abusos. Licet autem fideicommissarius dicatur heredis loco, & quidem aliquando, non semper, §. *restituta* 3. *l. h. t.* & in effectu quodammodo heres *L.* 5. §. 1. *D. Quod. cum eo qui in al. pot.* vid. Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif*, *P.* 2. *Declar.* 12. *n.* 10. *& seqq.* Nuspiam tamen opinor fideicommissaria dicitur quodammodo hereditas aut hereditatis loco. Nimirum hic hereditatis nomen non civile, sed naturale est, & argumentum a coniugatis sæpius fallax &c. Diss. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 10.

2) Aliter definit P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 4. & aliter Chiflet. *Lib.* 1. *de Iure fideicomm. C.* 6.

3) Chiflet. *d. Lib.* 1. *Cap.* 1. Fideicommissi nomen in ICtorum familia natum, eorum proprium, & vernaculum esse, *ibid.* scribit Cic. 3. *de Finib.* vocare fideicommissa commendationes, ac iussa morientium. Sed puto, vocem *iussa* non pertinere ad fideicommissa, sed significare legata, & ita hæc coniungere Tullium. Uti enim iubere est verbum directum, ita commendare, & mandare precarium, §. *ultim. I. de sing. reb. per fid. rel.* 77. §. 3. *de leg.* 2. Non autem probo expositionem Goth. *ad L. pen. de cond. instit.* per commendationes apud Ciceronem intelligentis sepulturas.

4) Quod de vinculo civili intellige. Naturalem enim obligationem produxerunt, cum dicatur pudore contineri *d.* §. 1. *I. h.* & in iis versetur pietas *L.* 78. *pr. &* §. 2. *h. t. ad SC. Treb.* & ius gentium fidem servandam statuat. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. fideic. C.* 1. *&* 2. & volens ad exceptionem quondam profuisse, nec soluta repeti potuisse. Nec obstare *L.* 27. *de Usuf. leg.* Nam ibi matrimonium nec iure gentium constitit, atque ita caussa naturalis defecit. Fuerat autem relictum illi fideicommissum tanquam uxori, vid. *L.* 32. §. *pen. in fi. de don. int. vir.* Quidam putant, ideo necessitatem non iniunxisse fideicommissa, quia instar mandati fuerint, quod & a volente tantum suscipitur, & susceptum morte finitur. Quod si ita esset, nec naturalem obligationem peperissent. Sed tamen & mandata post mortis tempus collata valent, si ultimam voluntatem referant. Vid. *not. infr. Lib.* 16. *C.* 23.

commissa quædam præstari: secuti sunt & alii postea huius exemplum, quod iustum, & populare videretur, ac tandem paulatim res conversa in assiduam iurisdictionem, ut ibidem Iustinianus scribit: idest, paulatim factum, ut fideicommissorum præstatio non amplius esset libera, & ex fide sola, sed converteretur in [5] necessitatem iuris, & qualis esse solet earum rerum, de quibus præstandis ius assidue, & uno modo dicitur. Itaque ut apparet, res mutata est; neque amplius fideicommissa, si rem spectamus, fideicommissa sunt: quoniam non pendent ex fide eorum, qui rogati sunt. Sed tamen re sublata, nomen mansit, quod initio fuerat, ut in innumeris aliis appellationibus accidit: quæ semel rei alicui recte impositæ, etsi res mutatur postea, tamen ad extremum retinentur. Exemplo sit tabularum appellatio apud nostros pro omni scriptura, sive materia, in qua aliquid scriptum est. Unde bonorum possessio contra tabulas testamenti, & secundum tabulas, appellationes etiam nunc usitatæ. Et tamen [6] tabulis uti ad scribendum homines desierunt, & quacumque alia materia testamentum hodie scriptum sit, eædem bonorum possessiones locum habent. *L.* 1. *D. de bon. poss. secund. tab.* Quomodo ergo contra tabulas, aut secundum tabulas, ubi nullæ sunt tabulæ? nempe quia primo veteres ad scribendum tabulis usi sunt, unde natæ superiores appellationes. Ac materia scribendi mutata, nomen tamen vetus hic mansit. Cuius hæc ratio est, ut ἐπωνυμικῶς dicantur tabulæ, non quæ nunc ita sint, sed quæ olim futuræ essent, si quid scriberetur; quo tempore tabulæ nominari cœperunt. Sic & fideicommissum, quod olim ita esset, quo tempore primum recte ita nominatum est: nunc ex [7] similitudine verborum ita dicitur, non ex re; quæ iam non pendet ex fide rogatorum, sed necessitatem præstationis adiunctam habet.

V. Etsi autem ex hoc iure res eo rediit, ut æque fideicommissariæ hereditates, atque institutiones, & substitutiones heredum: atque adeo etsi fideicommissum hereditatis, nihil nisi [8] substitutionis species est, ut suo loco diximus: tamen inter acquisitionem directo relictæ, & fideicommissariæ hereditatis, ac ius quod ex hac acquisitione utrinque nascitur, plurimum interest. Quæ nobis caussa est, ut & veteribus, ista distinguendi.

CAP.

5) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 1. 2. 3. Chiflet. *d. Lib.* 1. *C.* 3. Zas. *ad Rub. D. de leg.* 1. *n.* 5. *& seqq.* quicquid nugentur alii, scribit, fideicommissorum originem esse a vetustissimis moribus, quibus contractus, qui sola fide nitebantur, firmissimi, Halic. *Lib.* 2. posteriorem autem ætatem cœpisse deflectere, & sæpe fideicommissis illudere. Quidam sic: Fideicommissorum ius (id est non usum, sed necessitatem) natum esse sub Augusto §. 1. *I. h. t.* altum, & educatum sub Claudio *L.* 2. §. *capta* 32. vers. *post deinde de O. I.* confirmatum sub Nerone §. 4. *I. h. t.* reformatum, & interpolatum a Iustiniano §. 7. *I. h. t.*

6) Quod & in aliis nominibus fieri observavit Val. Guil. Forst. *Obs. succis. C.* 16. vid. & Forner. 2. *Select.* 9.

7) De quo vid. P. Greg. 16. *Syntax. Art. mirab. C.* 10. Hotom. pulchre 4. *Obs.* 1. Menes 1. *Opin.* 12.

8) Goveanus tamen 1. *Var. lect.* 1. *n.* 8. fideicommissum a fideicommissaria substitutione differre putat, ut genus a specie. Si ita scriptum sit: Filius heres esto: Rogo uti cum primum poterit, Titio hereditatem restituat, fideicommissum esse, non fideicommissariam substitutionem. Eam demum esse substitutionem, quæ in pupillarem, & mortis casum concepta sit &c. Differentias autem fideicommissi Universalis, & particularis 14. pete ex Sim. de Prætis *Lib.* 3. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 3. *Dub.* 1. *Sol.* 2.

C A P. X V I.

Quam recte deferatur hereditas fideicommissaria, pro ea potestate, quæ ad eam rem iure cuique concessa est. Seu de potestate deferendæ hereditatis fideicommissariæ. Positam esse hanc potestatem in personis, quibus fideicommissum constat: in ritu testationis; in re, quæ relinquitur; in relinquendi modo; & quodnam ius de singulis.

Communia utriusque acquisitionis fideicommissariæ, & directo relictæ hereditatis. I.
In quo maxime differant. II.
Quare in omni quæstione de deferenda hereditate semper a potestate deferendi sit ducendum initium. III.
Potestas, & ius deferendi fideicommissi quid. IV.
Et spectatur in quatuor rebus. V.
Constat omne fideicommissum personis tribus. Hæ quæ sint. VI.
Et qui relinquit fideicommissum, & is, cui relinquitur, iisdem regulis iuris continentur, quibus testator, qui instituit, & qui ab eo instituitur directo heres. VII.
Quantum cuique datum suprema voluntate, tantum ab eo relinqui potest, præterea, nihil. VIII.
Utrum huic regulæ adversetur quod placuit, etiam heredes legitimos rogari posse. IX.
Fideicommissa hereditas cum testamento relinqui potest, tum codicillis. X.
At testamento a solo herede instituto. XI.
Quatenus testamento rogari possint heredes ab intestato. XII.
De codicillis postea. XIII.
Res, quæ per fideicommissum relinquitur, hereditas. XIV.
Hæcque vel tota, vel eius pars; & quando totius fideicommissum, vel solius dodrantis debeatur. XV.
Modus relinquendæ fideicommissariæ hereditatis in quo versetur, & ubi de eo Auctor. XVI.

I. AC de acquisitione fideicommissariæ hereditatis, quæ prima hic quæstio est, de ea primum dicatur. Habet vero hæc omnis acquisitio cum acquisitione directo relictæ hereditatis hoc commune, ut constet & ipsa, perficiaturque, duabus illis rebus; fideicommissi delatione iusta, & delati susceptione. Sed & ipsa delatio iisdem illis duabus continetur, si & ab initio constiterit fideicommissum, & semel cœptum perseveret. Potest enim & ipsum eventu infirmari. Nec minus ut consistat ab initio, duabus item illis rebus efficitur, [1] potestate deferendi, & deferentis voluntate: Idest, si is qui hereditatem per fideicommissum relinquere cogitat, potest iure deferre, ut fideicommissum valeat; & ut potest, ita voluntate defert, rogando heredem ut restituat.

II. Sed hic primum dissimilitudo se aperit, quod hæ res duæ, propriis differentiis additis, ut species dissimiles efficiunt, ita & delationem longe dissimilem.

III. A potestate deferendi semper initium ducendum in omni hac quæstione de deferenda hereditate: sive quod fideicommissum instituenti prima cura esse debet, ut fideicommissum ita instituat, ut iure licet, ne frustra fideicommittat: sive quod fideicommisso relicto, cum de eo controversia est, prima est quæstio de viribus fideicommissi: quoniam frustra esse dicatur, si eius relinquendi potestas non fuit.

IV. Potestas, & ius deferendi fideicommissi est, cum in omnibus partibus relicti ea servantur, quæ ius præscribit.

V. Spectatur hæc potestas his in rebus: in personis, quibus fideicommissum constat; in ritu externo testationis; in re, quæ relinquitur; & in relinquendi modo.

VI. Constat fideicommissum omne, maxime autem hereditatis, personis tribus: eo, qui relinquit; eo, cui relinquitur, qui in usu iuris dicitur [2] fideicommissarius: *L. 4. L. cogi. §. cum quidam. §. Meciа-*

1) *L. 2. D. de leg. 1.* Ulpian. *tit.* 25. §. 4. Sufficit autem ius testandi, licet facti impedimento aliquo testari vetitus fuerit *d. L.* 8. §. 2. *de Iur. codicill.* vid. P. Greg. 43. *Synt. 1. n. 5.*

2) Sic vocari ubique eum, cui restituitur fideicommissum, unico loco excepto, ubi vocula *fideicommissarius* significat heredem, qui restituit in *L. quamvis 52. de iudic.* scribit Chiflet. *Lib. 1. de Iur. Fideic. C. 1.* Idem putat, mendum esse in *Nov.* 108. *c.* 2. ac in Græco. pro ὁ φιδεικομμισσάριος legendum τῷ φιδεικομμισσαρίῳ. Quod contextus, & series ibidem vix admittit. Sed tamen puto, ibidem proprie fideicommissarium dici, cui ab alio hereditas relicta est, qui cavet

cianus. & passim. *D. ad Treb.* & eo [3], a quo fideicommissum relinquitur, seu qui rogatur, ut restituat vel hereditatem, vel quid aliud.

VII. Et qui relinquit fideicommissum, & is, cui relinquitur, iisdem regulis iuris continentur, quibus testator, qui instituit, & qui ab eo instituitur directo heres. Iure fideicommissam hereditatem, & adeo fideicommissum omne relinquere potest, qui & testandi ius habet. *L.* 1. in pr. & §. 1. *D. de leg.* 3. Certe si testamento relinquitur fideicommissum, res est expedita. Si relinquitur codicillis, ut posse postea constabit: tamen idem ius est; quoniam is solos codicillos facere potest, qui & testamentum: ut est in Iure codicillorum; de quo postea. *L. conficiuntur*. §. 1. *D. de iur. codicill.* Eadem fideicommissarii caussa, quæ & heredis. Ut solus institui potest heres, cum quo testamenti factio est: ita soli huic hereditas per fideicommissum relinqui. Solum enim legari potest huic generi civium. §. *legari*. *Institutionib. de leg.* fideicommissa autem exæquata sunt legatis per omnia. *L.* 1. *D. de leg.* 1. *L.* 2. *C. com. de leg.* Qui testamenta facere possint, suo loco diximus, cum de iustis testamentis ageremus superiore libro. Qui heredes possint institui, & cum quibus sit testamenti factio, diximus eodem libro sub titulo, de heredibus instituendis.

VIII. A quibus autem fideicommissa hereditas relinqui possit, continetur hac regula iuris certi, ut quantum cuique datum sit suprema voluntate, tantum ab eo relinqui possit. Ultra quam autem quis acceperit, ab eo relinqui nihil possit. §. 1. *Institutionib. de sing. reb. per fid. rel. L. ab eo. C. de fid. L.* 6. *in fin. D. de leg.* 3. Hinc est, quod placuit, fideicommissam hereditatem relinqui posse ab omnibus, ad quos [4] hereditas nostra perventura est, sive sint a nobis scripti heredes, de quibus constat, §. 1. *Institut. de fid. her.* sive sint legitimi; sive ii, quibus prius [5] per fideicommissum hereditas nostra restituta est. De quibus generibus duobus scriptum est *in §. præterea. Institut. eod.* Et quidem quod placuit a scriptis nostris heredibus, & nostris fideicommissariis hereditatem nos relinquere posse, superiori regulæ convenit. Heredibus enim a nobis institutis hereditatem dedimus. Dedimus & his, quibus voluimus prius per fideicommissi caussam restitui. Ut pro regula superiore recte petamus ab his omnibus, ut quam hereditatem a nobis acceperunt, eam alii restituant.

IX At quod placuit etiam heredes legitimos rogari posse; verendum sit fortasse potius, ne superiori regulæ adversetur. His enim hereditatem non damus, sed lex; qua sola ab intestato defertur legitimis heredibus hereditas. Unde & legitimorum heredum nomen. *Tit. de suis & leg. her. D.* & *C.* unde quæ ab intestato defertur, dicitur lege obvenire, [illegible], ut sit lege sola, non etiam testamento, aut voluntate testatoris: cum testamentariæ obveniant etiam lege, ut quæ etiam lege confirmentur. *L. lege. D. de verbor. sign.* Quæ res facit, ut quoniam his nihil damus, eo nec videamur eos rogare posse, ut quid restituant iuxta regulam supra scriptam. Et sane non possemus, si quidem his hereditatem non daremus. Perpetuo enim tenendum est, non esse recipiendum, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. *d. L.* 6. *in fin. de leg.* 3. *d. L. ab eo. C. de fid.* Idque æquitas, & lex duodecim tabularum efficit. Hæc enim tuetur supremas voluntates: sed si quis de suis bonis largiatur, non de alienis. *L. verbis legis D. de verbor. signific. L. testandi, C. de testa.* Neque eo minus huic iuri, & æquitati convenienter placuit, etiam ab intestato succedentibus fideicommissum dari posse. Nam & his creditur, paterfamilias sponte sua relinquere legitimam hereditatem, ut scribit Paulus in *L. conficiuntur*, in pr. *D. de iur. cod.* dictum haud dubie ad expediendam superiorem obiectionem. At quomodo dedit, cuius nulla voluntas est, qua quidquam conferret in heredes legitimos? Dedisse creditur, cum eis non adimit, inquit Ulpianus in *L.* 1. §. *sciendum*, *D. de leg.* 3. At dicitur legitima here-

cavet possessoribus tertiis, a quibus vindicat, de indemnitate, ratione quartæ debitæ fiduciario &c. Nec minus proprie intelligere poteris in *d. L.* 41. si exponamus rescriptum D. Severi, de quo ibi, quod ad casum propositum promanavit, de fideicommissario gravato alteri restituere, vel a quo fideicommissum singulare relictum, ut ita in vers. *sed & per* ea verba, quæ eorum natura, & vis est, fiat extensio ab herede directo ad fideicommissarium &c.

3 · Qui fiduciarius vocatur, quod eius fidem sequatur defunctus *L.* 46. *L.* 67. §. *ult. h. t.* Unde & hereditas fiduciaria *L.* 9. §. 1. *de reb. cred.* Chiflet. *d. Lib.* 1. *C.* 1. vid. & Forst. 2. *de Success.* 21. *n.* 2.

4) Iudicio scilicet aliquo defuncti, non si aliunde *L.* 2. *in fi. pr. de dot. praleg.* Non si necessario, ut in adrogato, cui quarta ex constitutione D. Pii relinquenda *L.* 22. §. 1. *ubi hac ratio. D. de adopt.* in patrono, cui ex successione liberti dimidia debetur *L.* 114. §. 1. *de leg.* 1. Atque hinc legitima nequit onere fideicommissi gravari. De quo forte alibi.

5) Cuiusmodi habendus etiam is, cui parvo pretio heres iussus res vendere, arg. *L.* 13. §. 5. *de per. her.* Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 1.

hereditas lege obvenire, ut intelligamus sola lege dari, non a testatore. *d. L. lege, de verbor. sign.* Utrumque verum est. Non datur a testatore directo, seu voluntate aperta. At datur obliqua quadam via, & tacita voluntate. Defert enim lex directo: sed ita, ut, si velit paterfamilias, possit delationem impedire testamento facto alios heredes instituendo. Institutis namque quandiu locus est, tandiu non est legitimis locus. *L. quandiu potest. D. de acquir. her.* Finge ergo, patremfamilias testamentum non facere. Non dubium, quin per consequentiam velit hereditatem suam pervenire ad legitimos heredes: quam & ipsam illi beneficio eius consequantur. Testamento enim non facto, quod totum fuit eius voluntatis, fit legi locus, quæ ab intestato defert hereditatem; sic tamen: ut sine priore illa testamenti omissione ad hanc legem perventum non esset. Dedit ergo, ut dixi, qui cum adimere iure suo posset, non ademit, etsi non fit boc directo. Voluit hanc hereditatem pervenire ad legitimos, qui noluit facere testamentum, quo legitimæ hereditati esset locus: etsi hoc modo non recta pervenit hereditas a testatore: cum non esset perventura, nisi prius lex ab intestato istis personis hereditatem detulisset.

X. Ritus deferendæ fideicommissariæ hereditatis non idem, qui in hereditate directo deferenda. Directo hereditas institutionibus, & substitutionibus dari non potest, nisi testamento. *L. hereditas. C. de pac. con. §. pen. Inst. de cod. L. 2. C. eod.* At fideicommissa hereditas & [6] testamento relinqui potest, & codicillis. Testamento constat, cum heredem a se testamento institutum testator rogat, ut eam hereditatem alii restituat. *§. 1. Inst. de fid. her.* Sed potest & codicillis. *d. §. pen. Inst. de cod. L. 2. C. eod.* Ac codicillis quidem non tantum heredes legitimi rogari possunt ab intestato, sed & testamento facto heredes eo testamento scripti. *L. conficiuntur. in pr. D. de iur. cod.*

XI. Testamento autem rogari non possunt, nisi heredes instituti: legitimi non possunt. Non sane quia non possint omnia liberius, & certius relinqui testamento, quam codicillis: cum testamentum sit plenior, & solemnior voluntas: sed quia testamento facto, quamdiu ex eo adiri potest hereditas, nulli sunt heredes legitimi. Tandiu enim hereditas ab intestato non defertur. *L. quandiu potest. D. de acq. her.*

XII. Sane possunt testamento, quod rite factum erat, rogari heredes ab intestato, ut, si ex testamento adita hereditas non sit, restituant hereditatem alicui. *L. ea quam. C. de fid.* Sed & tunc hereditate ex testamento non adita, fit locus legitimis heredibus; & scriptura testamenti cum pro testamento iam baberi non possit, incipit valere tantum pro codicillis.

XIII. Hæc res inducit quæstionem boc loco de codicillis. Neque enim statim intelligitur, quid codicillos vocemus, nec statim quidvis codicillis relinqui potest: nec quibusvis quid ab initio recte relictum, debetur. Itaque res ipsa, & codicillorum ius explicationem desiderat. Quæ quoniam eget pluribus verbis; ne oratio de fideicommisso bereditatis cœpta longius interrumpatur, separatim de eo dicemus.

XIV. Res, quæ relinquitur in fideicommissaria hereditate est, ut apparet, hereditas, de qua restituenda rogatur heres, ad quem ea pervenit.

XV. Potest vero quisque heredem suum & de tota hereditate, & de parte hereditatis restituenda rogare. *§. 1. in princ. & versic. potest. Instit. de fid. hered. L. ita tamen, 27. §. Trebellianum. D. ad Trebel.* Sic tamen tota hereditas per fideicommissum relinqui potest, ut & totius fideicommissum valeat, ac debeatur, si heres hereditatem invitus adierit. *L. 4. D. ad Trebellian.* Sin adeat volens, iure nihil amplius debetur, quam dodrans, novem unciæ: quarta autem parte relictum minuitur iure falcidiæ. *§. sed quia heredes. Instit. de fid. hered.* De quo postea in eo iure, quod ex fideicommisso tam acquiritur fideicommissario, quam remanet apud heredem.

XVI. Modus relinquendæ fideicommissariæ hereditatis, versatur potissimum in his rebus, quæ fideicommisso adiici solent: qualia sunt hæc demonstratio, caussa, dies, conditio, modus. Omnia in his cum legatis, & fideicommissis rerum singularum communia, dum hoc quæritur, adie-

6) Chiflet. *Lib. 2. de I. Fideic. C. 2.* sic: Reliqui fideicommissa hæc aut testamento, quæ ab intestato non debentur *L. 81. de leg. 2.* aut ab intestato §. 10. *l. h. t.* aut extra testamentum, quæ non a legitimis, sed scriptis heredibus præstantur, ut in *L. ille a quo* 13. §. 3. Si quis peregre abiit, & apud exteros fideicommissa reliquit, non codicillis, nec epistola, sed verbis prolatis. Quam speciem videtur elicere velle Chiflet. ex verbis *d.* §. 3. finge, verba fideicommissi, *de longinquo*, petenda esse. Verum illorum verborum alius sensus, ac codicilli quoque sunt per nuncupationem ut *C. seq. in fin.*

adiecta illa quatenus fideicommisso obsint, aut non obsint: tum quam voluntatis interpretationem habeant. De quibus ideo in commune a nobis in eo argumento dicetur, libro sequenti.

C A P. XVII.

Fideicommissum hereditatis ubi ex voluntate relictum intelligatur. Recte relictum ab initio quandiu perseveret, ut perfecte dici possit delatum.

In fideicommissis voluntas maxime spectatur. I.

Ea intelligitur, vel ex verbis quomodocumque fideicommissum exprimentibus, vel sine his, ex sententia testatoris licet de eo nihil exprimentis. II. III.

Ex sententia *cum directo relictum inutile, de eadem autem re fideicommissum utile esse potest*. IV.

Accidere duobus modis, ut testator frustra declaret, hereditatem suam ad aliquem directo pervenire. V.

Uno si recta heredem instituat, aut substituat ubi, aut quomodo non licet. VI.

Altero si heredem ea facere iubeat, quibus factis, hereditas ad alium perventura esset. Idque tribus modis. VII.

Quatuor in speciebus accidere, ut testator velit directo hereditatem pervenire ad aliquem inutili relicto, & hoc nihilominus de eius sententia valeat pro fideicommisso. VIII.

1. *Si aliquem directo instituerit, aut substituerit ubi non licet, puta codicillis*. IX. X.
2. *Si heredem suum roget, ut aliquem heredem faciat*. XI.
3. *Si heredi suo mandet, ne testamentum faciat*. XII.
4. *Si duo testamenta condens, posteriore cavit, ut prius quoque valeat*. XIII.

Non esse satis ad iustam delationem fideicommissum initio extitisse, nisi ad extremum perseveret. Delatum *hic paulo generalius dici, & quatenus. De modis, quibus fideicommissum infirmetur ubi dicturus sit Auctor*. XIV.

I. Constituta potestate deferendæ fideicommissariæ hereditatis, in qua sunt ea, quæ modo diximus: tunc demum defertur hoc modo hereditas, cum qui potuit iure deferre, etiam voluntate detulit. Voluntas est, quæ in testamentis, & codicillis totum facit, quæ eadem lege duodecim tabularum confirmatur, *L. verbis legis. D. de verbor. significat. L. ex facto. §. rerum. D. de her. instit. L. 12. in fin. D. de leg.* 1. Sed præcipue hoc ius iam inde ab initio in fideicommissis obtinet; utpote quæ a fide heredum initio penderent, eique committerentur, contempta, iuris civilis in relinquendo subtilitate. *L. cum proponebatur*. 64. *D. de leg.* 2. Hoc eo pertinet, ut nec sine hac voluntate & delatione fideicommissum fit, nec cum fideicommissum esse cœperit, quidquam amplius inde debeatur, quam quatenus testator voluit: & contra, ut cum intelligetur, testatorem voluisse alii quid restitui, sola voluntas sufficiat ad fideicommissi præstationem.

II. Tunc relictum fideicommissum hereditatis intelligitur, cum testator id fecit, quod proprium est huius fideicommissi. Id autem est, cum testator eos heredes, a quibus utiliter hereditatem relinquere potuit, rogat, ut eam hereditatem alii restituant. *§. 1. §. præterea, Inst. de fid. her.* Non necesse est vero id verbis ita exprimi. Satis est, si quomodo factum esse ex verbis intelligatur. Intelligitur quidem tum maxime, cum verbis fideicommissum diserte expressum est: sive fiat superioribus, sive reliquis verbis fideicommissi: ut *peto, mando, volo, fidei tuæ committo*, ut restituas, quæ referuntur in *§. ult. in fin. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* aut rogo, ut [1] hereditatem meam cum Titio partiaris, *L. ubi. §. 1. D. ad Treb.*

hoc

1) Non verba spectamus Senatusconsulti (scilicet *Trebelliani*) sed sententiam quibuscunque verbis conceptam modo id senserit testator *d. L.* 19. §. 1. ubi non probanda correctio Fabri 4. *Coniect.* 8. pro *SCti*, reponentis *fideicommissi*, propter verba, ait, seqq. quod absurda sit locutio, *non verba SCti, sed sententia testatoris*. Verum & verba *sed sententia* commode de SCto accipi possunt, vid. P. Fab. *ad L. 12. de R. Iur. p. m.* 81. Quæ verba fideicommissum non inducant, vid. P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 41. Preces autem hic non necessario dirigi ad certam personam debent, sed qualitercunque eas intercessisse sufficit. Et potest loqui testator non tantum cum eo, quem onerat, sed etiam cum eo, quem honorat vel remuneratur *L. 69. pr. L. 75. pr. de leg.* 2. vid. Chiflet. *Lib. 1. de Iur. fideicom. C. 6. pag.* 886.

hoc enim valet, ut partem hereditatis illi des, restituas.

III. Sed & sine verbis fideicommissi [2] sententia testatoris idem efficit, ut ubicumque intelligetur, testatorem hoc sensisse, ut hereditas sua restituatur, ibi fideicommissum admittatur ex sententia, quamvis de fideicommisso nihil plane testator expresserit. *d. L. ubi* §. 1. *ad Treb.*

IV. Sine ullis verbis fideicommissi, de fideicommisso tamen sensisse testator intelligitur, cum voluit hereditatem suam directo pervenire ad aliquem, & relictum hoc modo inutile est, de eadem autem re fideicommissum [3] utile esse potuit. Apparet enim, in hoc relicto hanc mentem esse testatoris, ut siquidem directo pervenire hereditas potest, ita perveniat tota, quantum scilicet voluit. Si non potest directo tota, at saltem quantum iure potuit. Quare si quod directo non valuit, potest effici per fideicommissum: relinquitur, ut hoc modo relictum voluerit. Ex quo & in omnibus huiusmodi directis relictis fideicommissum hereditatis admissum est. Quod intelligetur propositis iis caussis, in quibus eiusmodi relictum incidit.

V. Et animadverto, duobus modis accidere posse, ut testator declaret, se velle hereditatem suam directo ad aliquem pervenire, atque utroque modo velit frustra.

VI. Uno modo, si hunc ipsum, ad quem hereditatem pervenire vult, recta ipse heredem instituat, aut substituat, ubi tamen, aut quomodo non licet.

VII. Altero, si cum herede suo agens ab eo petat, ut faciat id, quo facto futurum sit, ut ad illum alterum hereditas defuncti directo perveniat. Atque hoc ipsum tribus modis fieri potest: aut petendo ab herede suo, ut illum alterum heredem faciat: aut petendo, ne ipse testamentum faciat; aut cavendo, ut heredes, priore testamento rupto, institutos ita heredes esse patiatur. Et fiunt hæc omnia inutiliter. Sic tamen, ut in omnibus fideicommissum recipiatur, & id quidem sine verbis ex sententia. Quæ si in singulis his caussis recte demostrantur, constitutum id erit, quod proposuimus. Id ut fiat planius, ipsas caussas superiores in numerum conferam, ac de singulis dicam ordine, rationem veterum, & sententiam de his explicans.

VIII. Quatuor ergo istis modis, seu quatuor istis in caussis accidit, ut testator velit directo hereditatem suam pervenire ad aliquem relicto, & præcepto inutili; ubi tamen relictum pro fideicommisso de sententia testatoris valeat.

IX. Prima species est, cum testator ultro ipse, & recta heredem instituit, aut substituit directo, ubi non licet, puta codicillis. De qua specie in *L. Scevola, 76. D. de Treb.* Hic si ius spectamus, inutilis institutio est. Hereditas enim codicillis neque dari neque adimi potest. §. *pen. Inst. de cod.* Si testatoris voluntatem; illud certe intelligimus. Idque ipsum ex verbis perspicuum est, testatorem voluisse, ut hereditas sua ad institutum, vel substitutum perveniret. Non potest directo, quia ius prohibet. At potest aliquo modo, nempe per fideicommissum. Non dubium igitur, quin hoc saltem modo pervenire voluerit. Quod si voluit, satis est voluntas ad fideicommissum, quæ aliquo modo ex verbis intelligitur, ut est propositum. Et hoc ita receptum est a Scævola in hac specie ex superiore interpretatione voluntatis, quam benignam vocat; quia est ex sententia omissis verbis, quibus id cavetur, quod per se inutile est. Itaque respondet, patrefamilias intestato mortuo, eos quidem, qui lege vocantur, directo heredes futuros; sed hos fideicommisso obligatos esse, ut hereditatem testatoris instituto, aut substituto isti restituant. *d. L. Scævola, ad Trebel.*

X. Quo exemplo idem recipiemus, si testator testamento substituit heredem inutiliter, cui tamen utiliter fideicommissum relinquere potuit. Veluti, si [4] impuberi filio substiterit, si filius intra vigesimum quintum annum decesserit, ut est species *L. centurio, D. de vulg.* Dicemus igitur, filio intra pubertatem decedente, substitutum etiam propria bona filii iure communi capturum, ut est in *d. L. centurio*, nempe ex substitutione pupillari, ex qua pupilli bonis succeditur, non patris. *L. sed si plures, §. ad substitutos, D. de vulg.* Quod si post pubertatem decedat, quamvis intra vigesimum quin-

2) Vid. Chiflet. *d. C. 6. p.* 891. Diss. A. Fab. de quo vid. *not. infr. Lib.* 8. *Cap.* 3. *N.* 2.

3) Chiflet. *Lib.* 2. *de Iur. fideicom. C.* 28. Utile dici fideicommissum, *in L.* 77. *de leg.* 1. *L.* 34. *pr. de leg.* 2. quod non verbis clare expressum, sed intellectum, ad exemplum utilium actionum, quæ non ex verbis, sed sententia LL. competunt.

4) Item si fiat a matre filio impuberi, vel a patre naturali, seu emancipato, Valasc. *Consult.* 54. *n.* 6. tradens, quoties substitutio pupillaris non valet ut pupillaris, valere eam, ut precariam; sed si intra pupillarem ætatem is cui substitutum est, decedat. Et hoc vocant DD. fideicommissum pupillare, quod a vulgari distinguunt, de quo vid. Vacon. 4. *Declar.* 64. *n.* 21. *&* *seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 8. *&* 2. *seqq.*

quintum annum: tamen inutilis est substitutio, quæ finita est pubertate. *L. in pupillari. D. de vulg.* Sed quæ directo non valet, dicemus, eam [5] in fideicommissum valere; & legitimum heredem filii rogatum videri, ut patris hereditatem substituto restituat. Hoc ita fieret, si pater nominatim rogasset filium, ut restitueret hereditatem post decimum quartum annum. *L. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg.* Ergo & non expresso fideicommisso, idem recipiemus ex sententia; quia appareat in hac substitutione testatorem voluisse, ut hereditas sua ad hunc substitutum perveniret. Neque vero responsum Scævolæ superius alia ratione defenditur.

XI. Secunda species eiusdem relicti directi, & tamen inutilis, ubi fideicommissum ex sententia admittatur, est, cum non instituit testator sibi aliquem heredem, puta Titium: sed [6] heredem suum rogat, ut Titium istum sibi heredem faciat. Quæ species est *L. ex facto. 17. in princip. D. ad Trebell.* Hoc quidem modo rogatur heres inutiliter. *dicta L. ex facto. L. filiusfamilias, 114. §. ut quis heredem. D. de leg. 1.* Sic enim petitur ab herede, ut testamentum faciat: quoniam hereditas nisi testamento non datur. *L. here-*

5) Consentit fere Vacon. 4. *Decl.* 64. *n.* 19. *& seq.* Contra autem plerique sentiunt; eo quod substitutio pubertatis adventus finiri *L.* 14. *de vulg. & pup.* evanescere §. 8. *I. de pupill.* ultra eam frustra fieri, dicatur *L.* 7. *de vulg.* & quod hoc casu speciale ius in milite constitutum arguat, ius commune esse contrarium; vid. *not. supr. Lib.* 6. *Cap. ult. N.* 7. Ac sane non omnino aperta hic est voluntas testantis, nec is credendus est in dubio onerare voluisse pupillum. Vid. Cuiac. 11. *Obser.* 25. Govean. *ad L.* 7. *de Vulg. n.* 4. Conna. 10. *Comm.* 8. *n.* 9. Duar. *ad tit. D. de Vulg. C.* 10. *& C.* 23. (ubi tamen excipit, nisi ex aliis verbis, vel coniecturis liqueat, testatorem voluisse ex caussa fideicommissi valere, & nisi verbis communibus, id est nec directis, nec precariis, facta substitutio.) Matth. Gribald. *Lib.* 1. *de Rat. stud. C.* 5. Vaud. 2. *Q.* 12. Chiflet. *Lib.* 2. *de Iur. fideicom. C.* 19. Greg. 42. *Synt.* 22. *n.* 10. *&* 11. Bronch. 3. *Ass.* 33. Vult. *in pr. Inst. de pupill. n.* 7. Borch. *ibid.* A. Fab 15. *Coniect.* 12. Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 21. Arumæ. *ex. Iustin.* 8. *Th.* 13. Nec obsistit *d. L.* 76. Nam ibi sustinetur substitutio non tam præsumptione voluntatis, quam favore ipsius pupilli, Cuiac. *d. C* 25. & est specialis casus, quando substitutio fit alieno loco, ut in codicillis. Nec ad alios casus trahenda decisio, nitens benigna interpretatione A. Fab. *d. C.* 12. Nam certe non ea ratio, quæ suadet, valere substitutionem intra pubertatem, adest etiam pubere illo reddito. Illo enim casu, cum impubes testari nequeat, utile est pupillo hoc fideicommissum. Hoc vero onerosum, eam facultatem disponendi, & libere testandi de bonis restitutioni subiectis impediat, & coerceat. Vid. & de hac *Q.* Vasq. *Lib.* 2. *de success. progressu* §. 15. *n* 26. Ang. Matthæac. *Lib.* 2. *de via Iur. C.* 17. *n* 14. *& seqq.* Non tamen ideo probo, quod Cabot. *d. C.* 21. tradit, nunquam verba directa ad fideicommissum trahi, nisi favor aliquis suadeat, libertatis *L.* 24. §. 10. *de fid. libert.* vel pupilli *d. L.* 76. Contrarium enim demonstrant alia exempla *h. Cap* a nostro allata.

6 Si hoc modo valet iure fideicommissum, multo magis si roget testator heredem, ut suæ (propriæ scilicet heredis hereditatis partem aliquam Titio post mortem restituat. *L.* 114. §. 7. *de leg.* 1. A. Fab. 5. *Coniect.* 18. intelligit in specie *d.* §. 7. per suam hereditatem, defuncti hereditatem, ac rationem dubiam esse dicit, quod verba quidem testantis ostendere videantur, heredem rogatum fuisse, suam ipsius hereditatem restituere. Permissum autem fideicommissum de ipsius heredis rebus relinquere *L.* 67. §. 8. *de leg.* 2. *L.* 25. *C. de fideic.* Ratio decisionis, quia hereditas adita confunditur cum bonis heredis, ut cum heredis hereditatem dicimus, non minus hereditatem, quam accepit, quam cætera bona intelligamus. Et hic igitur interpretationem accipimus, quæ nec verbis omnino repugnat, & heredi est favorabilior. Ita Faber. Cumque illi expositioni obsistant verba, *rogatus esset*, quæ convincunt, hereditatem intelligi rogati, atque ita heredis, vim textui inferens, illis loco remotis, substituit verbum *rogasset*. At neque sic sequentia verba *& eatenus, &c.* conveniunt, & pervertitur elegantissima ICti sententia. Sensus enim eius est: Quemadmodum fideicommissum particulare de heredis rebus relinqui potest *supr. dd. ll.* ita & fidei eius committi, ut hereditatis suæ propriæ partem restituat. Quæ enim in fideicommissis singularibus ratio rerum particularium, eadem in universalibus hereditatis, seu universi. Idque tanto minus absurdum debet videri, quod & heres rogari possit, ut hereditatem tertii alicuius, puta Titii, quam non accepit a defuncto, restituat *L.* 17. §. 1. *ad Treb.* quod tamen ita intelligendum, ne, si plus sit in hereditate Titii, quam testatoris, cogatur, plus restituere, quam a testatore accepit, sed perinde uti in *h.* §. 7. valeat fideicommissum, quatenus hereditas testatoris patitur. Quare verissima est recepta lectio: *atque si rogatus esset* heres scilicet *de hereditate* non tota, sed quarta eius parte, quam designaverat testator *sua*, id est propria. Vocula enim hæc reciproca est ad eumdem se referens, unde profecta. *Restituere.* Huic meæ explicationi belle conveniunt, immo eam exigunt, verba sequentia *quatenus hereditas testatoris patitur.* Id est ita quidem est restituenda quarta pars hereditatis propriæ, ut tamen per hoc ipsum non in plus gravatus intelligatur, quam honoratus est. Unde si quarta pars hereditatis propriæ tempore mortis excedat hereditatem defuncti, non plus restituetur, quam quantum a testatore acceperit, *secundum vulgarem formam iuris*: id est, salvo ei etiam quadrante Trebellianico. In quorum verborum ultimorum acceptione eatenus cum Fabro consentio, quod ea non ad initium §. *seq.* referenda sint, ceu vult Accurs. *ibid.* quem sequitur Pac. 6. *Q.* 12. quodque de Trebellianica eaudiendi sint, sed hoc dico, per ea verba explicationem Fabri falsitatis convinci. Si namque *in specie d.* §. 7. heres rogatus est tantum quartam partem hereditatis defuncti restituere, quomodo evenire poterit, ut quadrantem Trebellianicum deducat, qui utique dodrantem salvum habet. Exemplo res lucida fiet: Pone, in testantis hereditate esse 600. Heredem in bonis habere 1200. Confusa hæc efficiunt 1800. Rogatus est heres, ut sunt verba *d.* §. 7. hereditatis suæ partem quartam post mortem restituere. Quæstionis est, an post mortem heredis, fideicommissi nomine sint restituenda 150. tanquam quarta pars hereditatis defuncti, an vero 450. tanquam quarta pars hereditatis propriæ. Illud ea sententia Fabri dicendum; hoc ea mea, qui receptam lectionem tueor. Ac quidem hic quadrantis deductioni locus non est, cum eum heres sine deductione (in utraque hypothesi) salvum habeat. In quadrantem enim omnia computantur, quæ iudicio defuncti accepta *supr. C. ult.* Accepit autem heres 600. Nihil igitur ei iuxta hypothesin meam, ad quadrantem deest; iuxta hypothesin Fabri autem multa adhuc ultra quadrantem supersunt. At pone sic; In hereditate defuncti 600. Heredis bona 2400. Coniuncta utraque 3000. Hic si quarta pars præcise restituenda, videlicet 750. in amplius oneraretur heres, quam sibi ex testamento obvenisset. Quod cum ratio iuris non patiatur, eatenus est fideicommissum hereditatis suæ restituendæ validum, *quatenus hereditas testatoris patitur*, id est usque ad 600. ita tamen ut ex illis 600. quoque detrahatur Trebellianica, proindeque restituantur 450. Quod si Fabri sententiam sequaris, nunquam casum dare poteris quo reperiatur vel gravatus ultra quam ei relictum, vel Trebellianicæ detractioni locus sit, nisi proponere velis, gravatum ad restitutionem quartæ partis, nec nisi in quarta institutum fuisse. At si nec sic tamen sensum idoneum accommodabis verbis, *& eatenus restituenda &c.* Neque ratio decidendi pro Fabri opinione commoda est. Non minus, inquit, intelligimus hereditatem, quam accepit e defuncto &c. *ut supr.* Recte. Sed non inde probatur, solam hereditatem defuncti intelligi. Non hoc convenit verbis, nec sententiæ testatoris. Atque ita videtur.

eredi tas. C. de pact. con. Petitur amplius, sic testamentum faciat, ut iustum instituat heredem. Utrumque adversus libertatem testandi, quæ cuique iure publico concessa est: quia liberum est testamentum facere, aut non facere: & cum facias, ibi heredes, quos velis, instituere, aut non instituere. Hanc facultatem cuiquam adimi iniquum, & turpe putatur: usque adeo, ut nec facto effici possit, quo cuiquam hæc auferatur. *L. ex facto, in princ. D. de vulg. L. pactum quod dotali. C. de pact.* Et ius quidem ita est, si intra formam his verbis comprehensam consistimus. Sin ex verbis spectamus, quod testator voluit, verba ostendent, testatorem voluisse, ut hereditas heredis sui ad Titium perveniret: atque una cum ea hereditate etiam perveniret sua ipsius; quoniam in hereditate heredis contineatur hereditas testatoris. *L. ult. C. de hered. instit.* Directo id quidem utrumque. Sed tamen ad Titium utramque hereditatem pervenire voluit. Satis est hoc intelligi, ut, si potest pervenire utraque directo, perveniat. Sin una dumtaxat testatoris: hæc saltem perveniat. Et si non potest directo, perveniat, quomodo recte potest: nempe per fideicommissum. Et hoc rursum ita acceptum est. Itaque heres testatoris instituet, quos volet heredes alios, & instituti heredes erunt. Sed & illi intelliguntur rogati esse, ut hereditatem testatoris Titio restituant. *d. L. ex facto. ad Treb.*

XII. Tertia species superiori finitima est, cum testator mandat alicui heredi suo, ne testamentum faciat. Quæ species est *L. qui filium. 74. in pr. D. ad Treb.* Hoc qui mandat testator, æque inutiliter cavet, ut superius. Quin plane his verbis libertatem testandi in totum aufert: quod iure fieri non posse diximus. Sed tamen hoc præcepto, quibus de hereditate sua consultum voluerit, satis intelligitur ab effectis. Quid enim futurum erit, si heres testamentum non faciat? ut scilicet decedat intestatus, atque ita hereditas eius pertineat ad heredes legitimos. Ita testator mandans, ne filia sua testamentum faciat, hoc cavere intelligitur, ut si fratrem unicum habet ab intestato heredem, patiatur hereditatem suam lege ad eum pervenire, atque ita directo. Et si hoc directo inutiliter: tamen sententia testatoris cognita, ut hereditas sua perveniat ad legitimum heredem filiæ, satis esse visum est, ut ex ea scriptura, quæ directo non valet, saltem fideicommissum deberetur: quasi rogasset filiam hereditatem suam restituere. Idque ita receptum in *d. L. qui filium. ad Treb.*

XIII. Quarta, & postrema species directi relicti, & eiusdem inutilis, quæ similiter fideicommissum recipiat, hæc admissa est, cum testator posteriore testamento facto, prius suum rupit, in quo forte instituerat Primum, & Secundum heredes, ac posteriore cavet, ut prius testamentum valeat. De qua specie est in *L. si quis priore. 29. D. ad Treb.* His verbis cavere intelligitur testator, ut heredes priore testamento scripti pro heredibus recte institutis habeantur; atque ita hereditas ad eos directo perveniat. Hoc enim futurum erat, si id testamentum valeret. Inutiliter & hoc cavetur: quia testamentum, ut nuda voluntate non constituitur ab initio, *§. ult. Inst. quib. mo. test. inf.* sic semel irritum factum, aut infirmatum, nuda voluntate non confirmatur. *L. pen. §. ult. D. de bo. pos. sec. tab.* Sed quoniam intellectum est his verbis, testatoris voluntatem hanc esse, ut hereditas sua ad illos heredes perveniat solos, uti futurum erat, si prius testamentum integrum mansisset: recte placuit, quoniam directo pervenire non potest, ut perveniat iure fideicommissi. Atque ita intelliguntur quidem heredes posteriore testamento scripti, soli esse heredes: rogati tamen, ut restituant hereditatem Primo, & Secundo priore testamento scriptis heredibus. Hoc in *d. L. si quis priore. ad Treb.*

XIV. Invento fideicommisso quod initio fuerit, & constiterit (quod ex his, quæ diximus, deprehenditur) nondum satis ad iustam delationem, nisi hoc etiam accesserit, ut relictum ad extremum perseveraret. Potest enim, ut dixi infirmari. Infirmatum non magis valet, quam si ab initio relictum non esset. Quare hic etiam inducitur illa quæstio, quibus modis fideicommissum infirmetur: ut, his cognitis, tum exploratum fiat; exciderit ne fideicommissum, quia unus aliquis ex his modis inciderit; an vero, nullo ex his interveniente, perseveret, sitque hoc modo vere delatum. Et cum in hac quoque parte omnia sint fideicommisso hereditatis cum legatis, & fideicommissis rerum singularum [7] communia, etiam hæc ipsa in locum communem reiiciemus, dicturi quod huc

7) Non absolute omnia. Nam repudiatione heredis scripti fit, ut fideicommissa singularia non debeantur; nec potest heres compelli, ut adeat, quo legata, & fideicommissa præstari possint: uti hic, Vid. *C. 11. & seq.* Quando substitutio fideicommissaria exspiret. Vid. Ang. Matthæ. *Lib. 1. de via Iur. Ca. 19.* ubi plures modos refert.

huc pertineat in argumento de Legatis, libro sequenti. Interim hoc constitui volumus, dum utrumque in fideicommisso concurret, ut & recte cœperit ab initio, & cœptum non proponatur suis illis modis postea infirmatum esse; tum id fideicommissum fieri, quod vere delatum possimus dicere, nihil ut desit ad instam delationem. Dum modo sciamus, *delatum* hic paulo generalius dicere nos, quidquid quovis modo defertur voluntate testatoris ita, ut vel certo acquiri possit in præsentia, qualia sunt, quæ pure relinquuntur; vel spes sit postea ea obtinendi: qualia sunt, quæ in diem relinquuntur, & sub conditione. Nam & quæ in diem sunt, certum est debitum iri: & conditionalia relicta, conditione exsistente, perinde habentur, quasi pure relicta essent. *L. si pupillus. D. de cond. inst.* Tametsi proprie, præsenti statu inspecto, non dicatur quidquam pendente conditione, aut ante diem deferri, quia tum nondum acquiri potest. *L. si ita, 25. §. 1. de leg. 1.*

De codicillis.

CAP. XVIII.

Quid sint: Quid a testamento differant. Nullam scripturam, quæ pro testamento parabatur, si, ut testamentum valere non possit, valere iure codicillorum: nisi testator, ut eo quoque iure valeret, velle se ostenderit. Hæc voluntas quibus ex rebus deprehendatur. Codicillorum species duas, scriptos, & non scriptos, qui fiunt per nuncupationem.

Propositum Auctoris. I.
Duo esse genera supremæ testationis testamentum, & codicillos. II.
Horum definitio. Et quid proprium, quid commune habeant cum testamento. III.
Eos esse testationem imperfectam cum a rebus, tum a solemnibus. IV. V.
Quæ scriptura ad testamentum faciendum parabatur, ea, si, ut testamentum, non valuit, nec codicillos facit. VI.
Utrum ea ad testamentum parata esset, intelligitur partim ex verbis, partim ex re, quæ illa continetur. VII.
Ea scriptura, quæ pro testamento parabatur, valet iure codicillorum, si ita se velle testator caverit. VIII.
Hæc voluntas quibus ex rebus deprehendatur. IX.
Heres testamento imperfecto institutus, si cœperit de hereditate agere tanquam ex testamento, eum codicillaris clausulæ beneficio non uti. X.
Exceptio. XI.
Ut sint codicilli, animo testantis constare. XII.
Eorum duæ species, scripti, & non scripti. XIII.
Voluntatem non scriptam non minus, quam scriptam codicillos esse. Id intelligi, quo spectet. XIV.

I. DElatione fideicommissi constituta, exigebat ordo institutus, ut de delati acquisitione subiiceremus, nisi iis, quæ de hoc genere delationis diximus, aliquid deesset, quod in hunc locum reiecimus. Meminerimus enim, cum quæritur de hereditate per fideicommissum iure deferenda, inter cætera supra dicere nos, etiam in eo genus, & ritum testationis spectari. Ab hoc hereditatem per fideicommissum relinqui posse non tantum testamento, ut solent directæ hereditates, sed etiam codicillis. Qui locus postulabat, ut cognosceretur, qualis esset hæc testatio, & quo iure haberetur. Sed visum est, ut dixi, separatim de eo agere: quod nunc facimus. Primum ne cum res egeret pluribus verbis, interrumperetur longius cœpta disputatio de iure earum rerum, quæ ad deferendam ex fideicommisso hereditatem valent. Deinde quia conducebat hunc ipsum tractatum per se separatim exstare, qui non ad fideicommissam tantum hereditatem, sed ad omnia in universum fideicommissa, & relicta etiam singularum rerum pertineret. Ita enim facilius futurum, ut ab hoc genere fideicommissariæ hereditatis, per cuius occasionem nunc de his dicitur, ad omnia relicta oratio transferretur. Postremo visum agere hoc loco: quia de hereditate ex fideicommisso recte deferenda nunc tractamus: cuius

cuius delationis pars est recta codicillorum Institutio, si quis his fideicommissum relinquere velit potius, quam testamento.

II. Duo sunt genera testationis supremæ iure civili cognita, & sola, quibus quid voluntate defuncti recte relinqui potest: testamentum, & codicilli, ut indicant *L. generali C. de sac. eccles. L. ult. C. de bon. lib.* Neque in quæstione supremarum voluntatum, quæ explicatur libro secundo Institutionum, item in Digestis, & Codice plura genera notantur titulis ad ea genera accommodatis. De testamento, quid esset, & quibus rebus efficeretur iustum, supra, quod satis est, diximus. De codicillis nunc quæritur, ac quid sint, deque vi, & iure eorum cognoscendum.

III. [1] Codicilli sunt, voluntatis supremæ imperfecta testatio de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, non in hoc parata, ut esset testamentum. Voluntatem esse, seu voluntatis testationem de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, declaratur *Tit. Institutionum de cod. in princ.* ubi traditur, in hunc usum primum codicillos esse inventos. Hoc cum testamentis commune. *L. 1. D. qui test. fac. poss.* Illud proprium codicillorum, quod sunt imperfecta testatio. Imperfecta tum a rebus, de quibus illic cavetur, tum a solemnibus. A rebus; quod nulli codicilli sunt, aut esse possunt de rebus defuncti omnibus. Nam cum hereditas sola sit successio in universum ius defuncti. *L. hereditas. D. de reg. iur.* necesse est, ubi instituitur heres, ibi plenam voluntatem esse de omnibus rebus defuncti; ubi autem non instituitur, ibi plenam de rebus omnibus voluntatem non esse. Et quidem testamento recte instituitur heres: atque adeo sine heredis institutione nullum est testamentum. *§. ante. Inst. de cod. L. 1. in fi. D. de vulg.* Eo & testamentum plenam perfectamque voluntatem de iure universo defuncti continet. At codicillis heres institui non potest, ut postea dicetur. *§. codicillis. Instit. eod.*

IV. Imperfecta igitur hæc a rebus testatio, quæ de rebus defuncti omnibus non statuit. Nihil ad rem pertinet, quod codicillis hereditas saltem per fideicommissum relinqui potest. *L. 2. C. de cod.* Hoc enim significat, totam utiliter relinqui non posse: quoniam iure publico semper quarta iure falcidiæ apud heredem manere debet. Hocque interest, utrum hereditas quasi hereditas confirmetur codicillis, an petatur ex fideicommisso. *L. 2. in fi. D. de iur. cod. L. coheredi, §. cum filiæ, D. de vulg.*

V. Imperfecta est testatio a solemnibus, quod non ut testamentum certis solemnibus peragitur; *§. sed cum paulatim Inst. de test. ord. L. hac consultissima, in pr. C. eod.* ita & codicilli. Quinimmo, ut scriptum est in *§. ult. Inst. de cod.* codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant, quod quomodo accipiendum sit, dicetur amplius postea in ordinatione codicillorum.

VI. Sed non quæcumque voluntas est imperfecta de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, continuo sunt codicilli. Addendum est, dum in hoc non sit voluntas parata, ut esset testamentum. Quæ scriptura ad testamentum faciendum parabatur, si, ut testamentum non valuit, quia iure perfectum non est, ea nec codicillos faciet. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis potuerit valere, si testator vellet, tamen non debebitur. *L. ex ea. D. qui test. fac. pos. L. coheredi, §. cum filiæ. ver. quæ ita. D. de vulg. L. 1. D. de iur. cod. L. ult. §. illud. C. de cod.* Quippe, ut codicilli fiant, destinatione defuncti constat. Non [2] videtur autem, voluisse facere codicillos, qui testamentum facere voluit; quoniam res diversæ sunt, ac prope contrariæ, testamentum, & codicilli. *L. si idem. C. de testa.*

VII. Utrum scriptura, seu testatio ad testamentum parata sit intelligitur partim ex verbis, partim ex re, quæ scriptura continetur. Ex verbis; si testator, ut fieri solet, initio testamenti, aut in fine dicat, hanc voluntatem esse testamentum suum, seu quam pro testamento suo haberi velit. Ex re scripturæ si testator nihil aperte testatus de testamento, aut codicillis, ea tamen cavit, quæ ad universi iuris testationem pertinent, & sunt propria solius testamenti; Veluti, si Titium heredem

1) Cuiac. 2. *ad African. in explic. L. 14. D. h. t.* (quam ibi propter *L. seq.* 15. exponit, cum alias non Africani, sed Scævolæ sit) sic definit. Codicillus (reperitur in numero unitatis, *L. non codicillum* 14. *D. de testam.*) est intestati voluntas, vel testamenti sequela minus solemnis. *Idem in Par. h. t.* Codicilli sunt testati vel intestati voluntas, minus solemnis. P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 3. addit definitioni testamenti, quæ in *L. 1. de Testam.* verba hæc *sine heredis institutione directa*. In quo consistere vult differentiam testamenti, & codicillorum &c. Harmenop. *Lib.* 5. *Tit.* 7. definit; deficientis in testamento voluntatis testatoris supplementum; ref. Forner. 2. *Select.* 9.

2) Hinc Chiflet. *Lib.* 3. *de Iur. fideic. C.* 2. *&* 3. refellit DD. qui clausulas codicillares, alias expressas, alias tacitas esse contendunt, cum tamen in *d. L.* 41. §. 3. dicatur, codicillos non facit, nisi hoc *expressum*, & qui tribus casibus clausulam codicillarem testamento inesse putant.

dem esse iussit; ab eo, legata reliquit; si substitutum adscripsit. *L. illud*, §. 1. *D. de iur. cod.*

VIII. Sed quoniam ne hæc scriptura codicillos faciat, ex voluntate defuncti pendet: eo fit, ut placeat, hactenus eam pro codicillis non haberi, si non cavit testator, ut pro 3 codicillis valeret. Quod si caverit, etiam tum vim codicillorum habituram, si pro testamento non valebit. *d. L. coheredi*, §. *cum filiæ de vulg. L. ex ea scriptura, qui test. fac. pos. L. ult.* §. 1. *C. de cod.* Eaque cautio est, quæ vulgo ab interpretibus ex re dicitur 4 clausula codicillaris: quia adiecta, codicillos faciat, qui alioqui codicilli futuri non essent.

IX. Varie autem id cavere testator intelligitur. Alias ut nominatim dicat, velle se, ut ea scriptura etiam vim codicillorum habeat, ut exprimitur in *d. L. ult.* §. 1. *C. de cod.* alias ut iubeat ratum esse, quacumque ratione, & 5 quam optime potest, ut est in *d. L. ex ea, qui test. fac. pos.* alias etiam hoc modo, qui plusculum dubitationis habet, si testator, testamento quibusdam institutis, velit, hereditatem suam Titio restitui ab omnibus heredibus suis etiam iis, qui ab intestato succedant. Placuit, in hac specie heredibus institutis repudiantibus, atque ita destituto testamento, nihilominus fideicommissum valere, & deberi ab heredibus legitimis. Quæ sententia est 6 *L. eam quam C. de fid.* Non utique ex testamento, quod nullum est, ubi res defertur ab intestato legitimis heredibus. *L. quandiu potest*, *D. de acq. her.* Tanquam ex codicillis igitur, quando aliter deberi non possit, nisi ex testamento, aut codicillis. *d. L. ex ea qui test. fac. pos.* Unde ergo de codicillis cavisse testator intelligitur, cum scriptura ad testamentum parata non possit pro codicillis valere, nisi testator id expresserit? Satis vero intelligitur id cavisse, cum hereditatem etiam ab heredibus legitimis restitui voluit: quando aliter non potest ab his deberi, nisi prius scriptura etiam pro codicillis valeat. Qui vult, quod est consequens, vult etiam, quod antecedit: vel potius qui vult aliquid, etiam omnia alia velle intelligitur, sine quibus ad illud perveniri non potest. *L. illud. D. de acq. her. L. 2. D. de iurisf. om. iud.*

X. Non continuo tamen, si testator testamentum quod instituerat, voluerit quoque codicillorum vim habere, etiam habebit. De voluntate testatoris semper potest habere. Sed quod testator hac cautione concedebat, interdum heres male eligendo sibi adimit. Quo loco sic constitutum a Theodosio est in *L. ult. C. de cod.* ut si quis heres sit testamento imperfecto institutus, ad quem eumdem potuerit per fideicommissum ex eadem scriptura hereditas pervenire, quia testator caverat, ut testamentum etiam iure codicillorum valeret: si is heres ita cœperit de hereditate agere quovis modo, ut ostenderet, se velle eam ad se tanquam ex testamento pertinere, dum aut utitur petitione hereditatis, aut petit bonorum possessionem secundum tabulas, aut postulat se mitti in possessionem ex testamento; deinceps ad fideicommissi persecutionem pervenire tanquam ex codicillis non possit: quasi unius electione alterius aditum sibi præcluserit.

XI. Addita est exceptio in *d. L. ult.* §. *si quis vero*. Præterquam si is, qui ex testamento hereditatem appetebat, etiam ab intestato eam obtinere potuerit.

XII.

3) *L. 11. C. de testam. man.* vice codicillorum *L. 3. D. de test. mil.* quasi codicillos *L. 1. h. t.* instar codicillorum *L. 13.* §. *1. h. t.* & aliis formulis *d. L. pen. in fi. de leg. 2. L. 9. de leg. 3.* Chiflet. *Lib. 3. de I. fideic.* C. 1.

4) Quæ omnibus casibus, quibus destitui potest testamentum iure civili vel prætorio occurrit. Chiflet. *Lib. 3. de I. fideic.* C. 1. qui eius clausulæ effectus pluribus persequitur C. 4. *& seqq.* Hoto. 8. *Obs.* 1. putat, clausulam codicillarem fideicommissi onus imponere legitimo in testamento, non iure, facto autem in rupto agnatione postumi. 1 Quia nondum nato tempore testamenti postumo, non potuit dicere testator. Si non valet ut testamentum &c. 2. Non credibile est, patrem velle hereditate privare filium. 3. arg. *L. 10. C. de test. mil. iunct. L. 3. D. eod.* Neque in inofficioso, quia id, inquit, evertitur tanquam a furioso factum, qui non magis codicillari quam testari potest. Vid. & de clausula codicillari, Gaill. 2. *Obs.* 114. Simon de Prætis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 10. *&* 11. & Vasq. *Lib. 3. de Successf. progressu* §. 30. *n.* 37. *& seqq.* Io. Dauth. *de Testam. n.* 363. *& seqq.* A. Fab. 20. *de Err. Prag.* 5. *& seqq. &* 71. *Err. Prag.* 1. 2. 3. Cæterum quia hodie ea ex consuetudine magis, ac stylo notariorum, adponi solet, quam ex scientia, ex casu merito nec effectum habere debet. Hot. 8. *Obs.* 1. *in fi.* Vult. *in* §. *possunt* 5. *& seqq. I. de Test. n.* 37. Chiflet. *Lib. 3. de Iur. fideic.* A. Fab. 36. C. 2. ubi Curtium reprehendit, qui *in L. 8. C. de impub. subst.* voluit, hodie semper adiectam censeri hanc clausulam, ne notarii oscitantia damnosa sit, quod & vult Cuiac. 8. *ad Afric. ad L.* 61. §. 8. *de furt.* & refellit A. Fab. 36. *Err. Pragm.* 1. Nam imo non notarii consuetudo, sed voluntas defuncti attendenda, eaque servanda est. Vid. & Matthaeae. *Epit. legat. Lib.* 1. C. 20. Vaud. 1. *Q.* 27.

5) ἐπὶ πάσῃ ἐξουσίᾳ *d. L.* 29. §. 1. Cum quo convenit consueta clausula: Omni meliore modo &c. cuius ideo eadem vis, quæ codicillaris, Chiflet. *Lib. 3. de Iur. fideic.* C. 14. *per d. L.* 29. *& L.* 12. §. 1. *in ver. omnimodo, de inj. rupt.* non autem maior, ut & institutionem omissam suppleat, ceu quidam Baldum sequuti *in L. quoties C. de her. inst. n.* 3. vid. & A. Fab. 69. *de Err. Pragm.* 8. *&* 10.

6) Cuius species obscura admodum, & intricata. Vid. Govean. 1. *Var. lect.* 1. obi *n.* 10. dicit, relictum illic valere non iure testamenti, quia dicitur intestatus defunctus, sed peti tanquam ex codicillis. Atque ita peti posse contendit idem, non tantum cum aperte rogantur legitimi, ut in *L. Titia* 13. *D. de inoff. test.* sed & cum simpliciter quis dixit: volo, si is, quem heredem scripsi, e vivis excedat, hereditatem meam restitui, &c. Vid. & Dua. 2. *Disp.* 5. Vacon. 4. *Declar.* 58. Fachinæ. 6. *Contr.* 97. Marc. Lyclama *Lib. 1. Membra. ecloga* 1.

XII. Summa hæc eſt huius partis: ut codicilli ſint, animo teſtantis conſtare. Sic igitur ſupremam ſcripturam, aut voluntatem omnem imperfectam codicillos eſſe, ſi quis codicillos eſſe voluerit. Id ita intelligi, ſi aut nominatim dixerit, ſe codicillos inſtituere; aut oum teſtamentum pararet, declararit vel verbis, vel quovis alio indicio voluntatis velle ſe, ſi opus ſit, ut ſcriptura pro codicillis valeat. Hoc intellecto, valere tanquam codicillos: niſi heres electione teſtamenti a iure codicillorum receſſerit, quo modo diximus.

XIII. Codicillorum, ut teſtamenti, ſi formam ſpectes, ſpecies [7] duæ. Nam & ſcripto fiunt, & ſine ſcripto: ut ſint quidem ſcripti, cum voluntas ſcribitur; quidam nam ſcripti, cum voluntas coram teſtibus verbis nuncupatur. Exſtat hæc diſtinctio in *d. L. ult. C. de bo. lib d. L. generali. C. de ſac. eccl.* Proprie quidem non ſunt codicilli, niſi ſcriptura, ſeu materia ſcripto eam voluntatem, quam dixi, continens. Tales enim ab initio fuerunt codicilli, ut declaratur *Tit. Inſt. de cod. in pr.* Neque verbum aliud ſignificat, ſi originem ſpectamus. Dicti enim ſunt codicilli per [8] deminutionem a *codice*: ut ſint parvus, & exiguus codex. Ut igitur latinis non eſt codex, niſi ſcriptus; ita nec codicilli, niſi ſcripti. Atque hinc ita explicatur hoc verbum in *L. ult. C. quem. teſt. ap.* Ut codicilli dicantur eſſe ſcriptura quolibet tenore formata. Sed obtinuit, ut dixi, ut nuncupata imperfecta voluntas etiam codicilli vocentur, propter ſimilitudinem.

XIV. Illud quidem conſtare debet, non minus hic voluntatem ſine ſcripto declaratam valere, quam ſcriptam. *d. L. generali. C. de ſac. eccl. L. ult. §. ult. C. de cod. L. & in epiſtola C. de fid. L. & ſine, C. ad Treb.* Sed non minus & hoc tenendum eſt, voluntatem iſtam [9] non ſcriptam codicillos eſſe, certe codicillorum verbo contineri. *d. L. ult. C. de bo. lib. d. L. generali. C. de ſac. eccl.* Id intelligi eo ſpectat, ut ſicubi legemus codicillos confirmari, ſtatim occurrat, hoc ad utramque iſtam voluntatem pertinere. Item eo, ut cum legimus, nihil deferri, aut relinqui poſſe ſuprema voluntate, niſi teſtamento, aut codicillis: ſciamus, non eſſe contrarium, quod aliis locis traditur, etiam ſine ſcriptura, atque adeo nutu fideicommiſſa relinqui poſſe; & quidem etiam hereditatem per fideicommiſſum. *d. L. in epiſtola. C. de fid. L. nutu. D. de leg. 3. d. L. & ſine, C. ad Treb.* Nam & non ſcripta imperfecta voluntatis teſtatio codicilli ſunt, ut ſuperior diverſio oſtendit. Sed & hæc cognitio ad hoc expediendum conducet. Nam in *d. L. ult. §. ult. C. de cod.* ſcriptum eſt, in omni ultima voluntate, excepto teſtamento, faciendum eſſe, quod illic præcipitur; quo ſignificatur, præter teſtamentum, non unam formam eſſe ultimæ voluntatis, ſed plures. Atqui prius duo hæc genera tantum ſtatuimus, teſtamentum, & codicillos. Recte utrumque. Præter teſtamentum genus teſtationis, & voluntatis ſupremæ unum tantum eſt, codicilli. Sed eius generis ſpecies plures, codicilli ſcripti, & non ſcripti. Ac de his ſentire Theodoſium in *d. L. ult. §. ult. de cod.* declarant illa verba, quæ velut explicationis loco ſubiiciuntur, *ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur.*

7) Ita & P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 4. Diff. Vaſq. *Lib. 3. de Succeſſ. progreſſu* §. 30. *n.* 11. non aptius has duas ſpecies dici ſcribens, quam ſi quis dicat contractus mandati, commodati, emptionis, &c. in duas ſpecies diſtingui, ut alii ſint ſcripturæ interventu, alii ſine ea; quia, inquit, utrobique ſcriptura non ad ſolemnitatem, & ſubſtantiam, ſed probationem exigitur.

8) Codicilli dicuntur, quaſi parva teſtamenta. Quia teſtamentum codex vocatur Iuvenali *Satyr.* 10.

. . . . Nam codice ſævo
Heredes vetat eſſe ſuos. . . . .

Et heredes dicuntur in codicibus ſcripti *L.* 1. §. 6. *D. Secund. tab.* Forner. 2. *Selečt.* 9. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 25. De codicum duobus generibus, &c. vid. Hotom. 4. *Obſ.* 1.

9) Quare epiſtola illa, quæ ſpeciem ultimæ voluntatis conſtituit ut in *d. L.* 22. non in effectu tantum convenit, aut parum diſtat, ut Goth. in *d. L.* 22. ſed nihil omnino differt a codicillis ſcriptis. Diſſent. poſt alios Ioan. Dauth. *de Teſtam. n.* 112. & Ant. Fab. 68. *Error. Pragm.* 9. volens, Codicillos per nuncupationem ante conſtitutionem Theodoſii *L. ult. Cod. hoc tit.* incognitos fuiſſe.

CAP. XIX.

De iure codicillorum; quod versatur in confectione iusta codicillorum, quam nullus casus postea infirmarit; tum in rebus quæ codicillis relinqui possunt. In his, qui codicillos facere possint: Quæ in conficiendis iuris observatio; Recte factos contraria voluntate etiam nuda infirmari, & hac sola principaliter; sine voluntate autem infirmari per consequentiam infirmati testamenti, quod quandoque valuerit eodem tempore, quo codicilli. Legata hodie etiam codicillis relinqui posse: hereditatem ne nunc quidem directo his dari, aut adimi posse; & cur utrumque.

I. IUs, atque usus codicillorum ita est, ut quod relinquitur codicillis, non minus valeat, & debeatur, quam si testamento maxime iusto relictum esset. *Inst. de cod. in princ.* Verum hoc non simpliciter, sed his conditionibus duabus: si codicilli iure valent, & quæ codicillis relicta sunt, eiusmodi sint, ut ea codicillorum natura recipiat. Itaque ad ius codicillorum duo hæc cognoscenda sunt, in quibus vis eorum sita est: confectio iusta codicillorum, qua fiat, ut valeant, & conditio earum rerum, quæ hic relinquuntur.

II. Valent codicilli, si & ab initio recte facti sint; & recte facti eventu non infirmentur.

III. Ut ab initio recte fiant, duabus his rebus continetur: persona testantis, & observationibus iis, quæ hic nonnullæ desiderantur.

IV. Persona facientis sic habet. Codicillos is demum facere potest, qui [1] & testamentum facere potest; seu qui iure testamenti factionem habet. *L. Divi. §. pen. L. conficiuntur. §. 1. D. de iur. cod.* Itaque quibus temporibus non potest quis testamentum facere, iisdem si codi-

1) Quid statutum vetet minorem testari, an codicillari vetitus quoque censetur? Aff. Duar. *ad L. 2. de leg. in fin.* Negat per multas rationes Vas. *Lib. 3. de Succ. progressu §. 30. n. 32.*

codicillos faciat, non valebunt; & contra. *L. Aristo. D. de iur. cod.* usque adeo, ut si paterfamilias cum testamentum fecisset, postea se arrogandum dederit, atque ibi fecerit codicillos, nihil ex codicillis debeatur; quamvis idem postea sui iuris factus decedat, ac iure prætorio convalescat testamentum. Nam nec testamentum per id tempus factum valeret, quocumque statu postea testator decederit. *L. qui in aliena. L. si filiusfamilias. D. qui test. fac. poss.* At traditum est in [2] *L. conficiuntur*, 8. *§. si post D. de iur. cod.* illos ipsos codicillos per id tempus factos valere. Sed traditum hac lege, dum testator, cum adhuc sui iuris esset, eos codicillos futuros confirmaverit. Quod cum sit, codicilli postea facti sic accipi debent, quasi tum facti essent, cum sunt confirmati. Vel potius quasi codicillis confirmantibus continerentur. *arg. in L. asse. D. de her. inst. L. institutio. D. de cond inst.* Quare hac ipsa adiectione declaratur, sine ista confirmatione præcedente codicillos tempore arrogationis factos inutiles futuros, uti & testamentum. Qui possint facere testamentum, ex iis quæ de testamentis superiore libro diximus, petendum est.

V. Observationes in codicillis ordinandis etiam quædam sunt præscripræ constitutione Theodosii in *d. L. ult. §. ult. C. de cod.* Summa: ut declaret testator suos hos codicillos esse coram [3] quinque testibus, si quidem codicilli scripti sunt; si sine scripto res geritur, ut coram his voluntatem nuncupet; ut iidem sint adhibiti; ut adhibiti eodem tempore, seu simul: ut si codicilli scripti sunt, [4] subnotationem testium habeant.

VI. Adhibiti testes intelliguntur, qui rogati sunt, ut ad codicillos adsint, ut declaratur in *L. heredes. §. penult. D. qui test. fac. poss.* Atqui lex superior Theodosii, quæ adhibitos testes exigit, initio sufficere ait testes vel rogatos, vel fortuito venerint. Quod nihil aliud est, quam eodem loco & rogatos testes exigere, & rursum negare rogatos esse oportere. An non igitur aperte hæc contraria? Plane, si quidem ad unum tempus referrentur. Sed ad diversa relata recte dicuntur: estque legis sententia de adhibendis hic testibus prope eadem, quæ in testibus testamentariis exponitur in *d. L. heredes. §. pen. qui test. fac. poss.* Ab initio non necesse est, accersiri testes, & rogari, quo veniant ad cognoscendam vel defuncti voluntatem. Rogati, an fortuito venerint in eum locum, ubi codicilli fiunt, nihil interest; sed cum fortuito, aut alterius rei caussa venerint, hoc exigitur, ut ante testimonium moneantur, se adhiberi ad codicillos, quod & ipsum rogari est.

VII. *Subnotare* codicillos est proprio chirographo annotare, quis, & cuius codicillis testis adsuerit *L. pen. D. qui test. fac. poss.*

VIII. Hæc declarant codicillos non omnino esse sine solemnibus ordinationis. Qui igitur hoc convenit cum eo, quod scriptum est in *§. ult. Inst. de cod.* codicillos nullam solemnitatem ordinationis desiderare? Scriptum hoc est nimirum ab auctore aut Caio, aut Ulpiano, aut si quis est alius veterum, cuius ex Institutionibus Institutiones Iustiniani magna ex parte compositæ sunt; scriptum, inquam, ante superiorem constitutionem Theodosii, quo tempore verum fuit, codicillos nullam omnino ordinationis solemnitatem requirere. Nunc post constitutionem, quæ istud quidquid est, solemnitatis induxit, si id agere volumus, ne pugnet cum constitutione (quæ voluntas Iustiniani est, cum Institutiones compositæ sint edito iam Codice primo Iustiniani, ut ipse testis est in §. 1. & seq. in proœ. *Inst.*) sic illud dictum Institutionum accipiemus, ut codicilli [5] nullam desiderent solemnitatem plenam, & perfectam, qualis desideratur in testamentis: idque non tantum in universum; sed nullam plane in singulis huius solemnitatis partibus. Id quod ex singulis licet perspicere. Versatur enim solemnitas omnis externa testamenti in numero testium;

2) A. Fab. 10. *Conj.* 20. adscribit vers. *sed dicemus* *L.* 8. §. 3. Triboniano, quod & decisio inepta sit, & similitudo a postumo ducta absurda. Cui accedere non convenit. Sed neque noster tamen rem plene expedit. Utut enim dicamus, haberi codicillos ac si facti essent ante arrogationem, tamen quia ex testamento penderent, eo per arrogationem irrito reddito, codicilli quoque conciderent. Quid dicemus? Nimirum sicuti testamentum convalescit iure prætorio, dissoluta arrogatione, vid. *Lib.* 6. *C.* 16. *N.* 36. ita & codicilli hi uti eiusdem appendix, & sequela. Atqui dicuntur simpliciter valere *d.* §. 3 Resp. Sed & testamentum ibidem valere asseritur, quod tamen de iure prætorio intelligendum est.

3) Quibus casibus pauciores testes sufficiant vid. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 30. *n.* 27. *&* *seqq.* qui & *in prioribus* nec rogationem requiri, peregrinos, surdos, cæcos admitti tradit, &c. *d.* 18. etiam impuberes, quod vix admittendum erit.

4) Male igitur, & contra *d.* §. *ultim.* Vasq. *d.* 30. *n.* 6. non requiri testium subscriptiones, sed probari posse codicillorum tenorem, licet in scriptis fiant, per testium depositionem.

5) Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 14. *hoc. tit.* Nullæ hic, inquit, formulæ, nullus certus ordo, verba, libripens, emptor familiæ, &c. Testes autem non ponendi in solemnibus; alioquin omnes actus testium adhibitio faceret solemnes. Et Vasq. *d.* §. 30. *n.* 4. 5. *&* 6. non ad formam requirit testes, quæ codicillorum nulla sit, sed ad probationem.

testium; in testium conditione; & in horum contestatione. Numero septem esse debent in testamento; in codicillis sufficiunt quinque. Conditione [6] mulier ad testamentum testis adhiberi non potest; ad codicillos non prohibetur. *L. qui testamento. §. mulier. D. qui test. fac. pos.* Attestatio testium in testamento duas res coniunctas desiderat, subscriptionem testium, & obsignationem; codicilli nihil nisi subnotationem: idest subscriptionem sine obsignatione. Ita apparet, nusquam in his partibus plenam, & perfectam solemnitatem testamenti desiderari. Quod si res voluntate comprehensas quasdam in solemnibus testamenti numeramus ut institutionem heredis: iam vere, & sine hæsitatione dicturi sumus, codicillos ab hac parte nullam desiderare solemnitatem. Quidquid enim ex rebus ad testamentum necessariis in codicillis omissum est, nihilominus codicilli valent.

IX. Sed ut reliquam solemnitatem testamentorum codicilli non desiderant: ita saltem hoc relinquitur, ut observentur, quæ constitutio Theodosii exigit. Quod tamen sic accipiendum erit, nisi [7] testator testamento recte facto iusserit omnia valere, quæ codicillis vel scripsit, vel scribet postea. Tum enim codicillis relicta perinde haberi debent, quasi testamento essent relicta. *L. asse. D. de her. inst. L. institutio. D. de con. inst.* Quod si aperte factum esset, nemo dubitaret, quin ad vim eorum relictorum sufficeret solemnitas testamenti. Neque id prohibet Theodosii constitutio, quæ in omni ultima voluntate illam observationem suam valere iubet. Addit enim in omni voluntate, excepto testamento. *d. L. ult. §. ult. de cod.* In proposito autem codicillis relicta, testamento relicta dicimus.

X. Illud notandum, ad codicillorum vim nihil pertinere, ut testamentum fiat; aut testamento facto, ut codicilli eo testamento confirmentur. Etiam intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. *§. 1. Inst. de cod. L. 3. L. ab intestato. D. de iur. cod.*

XI. Sed & testamento facto, si quis codicillos postea faciat: quamvis testamento confirmati non sint, nihilominus valent, quasi tacite ex testamento vires capiant. *L. 3. §. ult. D. de iur. cod.*

XII. Idem est, etsi quis codicillis prius factis postea testamentum fecerit, nulla etiam mentione facta priorum codicillorum. Non enim placuit [8] sententia Papiniani existimantis, hoc casu ita valere codicillos prius factos, si testamento postea secuto, aut alia voluntate defuncti codicilli infirmarentur. *d. §. 1. Inst. de cod.* De qua specie paulo post.

XIII. Non si codicilli ab initio consistent, ideo statim valent mortuo eo, qui fecerit. Recte facti, eventu infirmari possunt. Quod si fit; non magis valent, quam si omnino facti non essent. Ut accidere diximus in testamentis. Infirmantur codicilli longe aliter, ac prope contrario modo, atque testamenta. Infirmantur autem partim per se, & principaliter, partim alieno casu, seu per consequentiam testamenti, unde pendebant.

XIV. Per se uno modo: nempe contraria defuncti voluntate, & quidem nuda, ut quisque voluit codicillos non valere; tantum ut voluntas testimonium habeat. De fideicommissis quidem hoc scriptum est in *L. si iure. 18. D. de leg. 3.* fideicommissa nuda voluntate infirmari. Non dubium, quin dictum sit & de codicillis: quoniam infirmatis iis, quæ codicillis continentur, codicilli non supersint. Sed & qui codicillos revocat, non materiam intelligitur revocare: sed quæ codicillis relinquuntur fideicommissa; ut ad hæc per codicillos revocanda semper nuda voluntas sufficiat. Aliter, atque testamentum, quod si quis infirmatum esse vult, nunquam nuda voluntate id consequitur; sed solum ita, si aut incidat tabulas, aut posterius testamentum iure faciat. *L. pen. §. ult. D. de bo. pos. sec. tab. §. pen. Inst. quib. mod. test. inf.* Dixi supra, differentiæ rationem hanc esse, quod testamentum ut nuda voluntate non perficitur, sed certis solemnibus; *d. §. pen.*

6) Vigl. *in §. testes 6. I. de testam. n.* 5. Vasq. *Lib. 2. de Success. creat. §. 12. Requis. 2. n. 12. & n. 68. & Lib. 3. de Success. progressu §. 30. n. 13.* Ioach. Beust. *in L. admonendi 31. de. iurei. n. 537. & seqq.* Loriott. *ad L. 2. & 73. de R. iur. f.* 507. Arumnæ. *ex Instin. 7. Th. 14.*

7) De quo valde dubito. Neque hoc ex dictis LL. elicitur. Licet enim codicilli illi testamento quasi inesse videantur, non tamen ideo si alio tempore fiant, nuda scriptura perfici possunt, sine observatione in codicillis requisita. In exemplis sane quæ DD. LL. proponuntur, ubi institutus in testamento heres, *si scripsero codicillis*, vel *quem scripsero*, postea scribitur, minime expedit ita statui. Facilius enim via fraudibus aperiretur. Et omnino refragatur *d. L. ult. §. ult. C. h. t.* Nam adiecta verba, *excepto testamento*, non hoc significant quasi codicilli, qui testamento insunt, minore solemnitate contenti sint, sed quod testamentum maiorem exigat.

8) Ratio hæc animum non explet. Nam si gennina, quodvis testamentum posterius etiam imperfectum, revocarit prius contra dicta *supr. Lib. 6. Cap. 16. N. 7.* Semper enim significaret testator, se prius pro perfecto non habere. Ratio verior in natura successionis universalis, quæ apud plures in solidum esse nequit. Quare duo testamenta non possunt simul valere, quia absolute contraria sunt, nec omnino utrumque exitum habere potest, &c.

pen. Inst. quib. mod. test. inf. Ita nuda voluntate infirmari non potest; prohibente regula iuris, quæ efficit, quibus quidque modis constitutum est, iisdem in contrarium actis solvi. *L. nihil tam naturale. D. de reg. iur.* Codicillorum contra ab initio natura hæc fuit, ut constituantur nuda voluntate. Quod enim exigimus nunc quinque testes, & eorum subnotationem, apparet longissimo post intervallo a Theodosio inductum esse. *d. L. ult. §. ult. C. de cod.* Consequens igitur regulæ superiori, ut & natura, atque origine sua, nuda voluntate solvi possint.

XV. Quomodo declaretur hæc voluntas, nihil interest. Sive igitur aperte dicat testator, se nolle codicillos valere, hi citra controversiam non valebunt; sive faciat alios codicillos, quibus contrariam voluntatem complectatur, priores revocavit; quoniam in contrariis voluntatibus plus una valere non potest. *L. 3. C. de cod.* Quod si quæratur, utra potius valere debeat, id regula iuris ostendit, quæ dictat in legatis, & fideicommissis novissimam voluntatem valere. *L. 12. §. ult. D. de leg. 1. L. quod traditum. D. de cond. & dem.*

XVI. Ut autem voluntate defuncti infirmantur codicilli: Ita sine voluntate nullo modo. Longe aliter, atque in testamentis. Nam testamenta etiam invito testatore rumpuntur his modis; aut alio testamento postea facto, aut agnatione postumi, qui testamento præteritus erat. *§. 1. & 2. Inst. quib. mod. test. inf. L. 1. L. 2. C. de iniust. rup.* Nihil horum in codicillis. Si quis, prioribus codicillis factis, alios faciat, deinde etiam alios, dummodo non contrarios: omnes valent. Idque est, quod traditur, posse unumquemque plures codicillos facere. *L. Divi. §. 1. D. de iur. cod. §. ult. Inst. de cod.* id enim significat, posse unumquemque non natura, de quo nemo dubitat; sed iure; quo fit, ut pro ea potestate valeant. Non sic ut dixi, in testamentis; quo in genere si posterius factum sit, prius rumpitur. *§. posteriore. Inst. quib. mod.* nec quisquam decedere potest duobus testamentis, nisi miles, *L. quærebatur. D. de testam. milit.*

XVII. Cur hæc aliter in testamentis, & aliter in codicillis? Non enim in testamentis prioribus minus versatur voluntas defuncti, quam in codicillis prioribus. Lex autem duodecim tabularum omnes voluntates defuncti pariter confirmat, & maxime testamentarias, his verbis: *uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto*, L. verbis. *D. de verb. sign.* Differentiæ ratio est, quod qui posterius testamentum facit, hoc ipso id facit, quo prius iure infirmatur. Declarat enim hoc modo, prius testamentum esse imperfectum. Quippe deesse ei heredem, quem posteriore instituit; quod ubi fit, testamentum ut imperfectum nullum est. Testamentum enim si manere volumus, perfectum esse oportet. *L. si is qui testamentum. D. qui test. fac. poss. L. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testa.* In codicillis vero sane a significatione posteriorum hoc idem evenit, ut qui posteriores facit, eodem facto declarat, prioribus aliquid deesse: hoc ipsum scilicet, quod nunc adiicit, atque etiam codicillos esse imperfectos. Sed non ideo codicilli priores infirmantur iure [9]: nihil enim hic codicillorum naturæ contrarium. Quin potius hæc eorum natura est, ut sint imperfecta testatio.

XVIII. Quid, si codicillis ante factis testator non codicillos, sed testamentum faciat, quo codicilli priores non confirmentur? An non si posteriore hoc testamento rumperetur prius testamentum, multo magis quis dixerit rumpi codicillos prius factos? Placebat Papiniano, ut ante dixi, codicillos infirmari, nisi testamento, aut codicillis aliis confirmarentur. Sed constitutione Severi, & Antonini effectum est, ut & sine alia aperta confirmatione codicilli consistant. Ut quemadmodum non codicillis, sic nec testamento posteriore infirmentur. *§. 1. Instit. de cod.* de quo supra dictum est.

XIX. Rursum testamentum [10] agnatione postumi præteriti rumpitur. *§. postumi. Inst. de exher. lib. L. 1. L. 3. in pr. & §. 1. D. de iniust. rup.* Non sic codicilli. Si quis codicillis rogaverit heredes legitimos, ut fideicommissum præsta-

9) Et tamen Papiniani sententia videtur exstare in *L. §. h. t.* Cuiac. 18. *Obs.* 7. putat, codicillos speciali confirmatione indigere, sive vetustiores sint, ut *d. L. 5. L. 22. §. 6. ad L. Corn. de fals.* sive noviores, *L. 6. C. h. t.* ad id ut directo in eis scripta valeant. In §. autem *1. h. t.* confirmari codicillos ante factos sine speciali mentione, non id ut legata, libertates directæ ex eis debeantur, sed ut fideicommissa præstentur, Duar. 2. *Disp. ult.* Codicillos ante testamentum factos speciali confirmatione egere, & credi, qui post codicillos testatur, ab iis recedere nisi contrarium appareat. Quod omnino dicto rescripto D. Severi adversatur, & notatur Duaren. a Mercer. 2. *Opin.* 12. vid. & A. Fab. 5. *Coni.* 12. ubi Cuiacio accedit, sed ab eo recedit 25. *Coniect.* 15.

10) Vasq. *Lib. 3. de Success. progressu n.* 54. nec aliis modis, quibus testamenta pereunt, Vasq. *ibid. n. seqq.* quibus tamen non recte accenset lapsum decennii *n.* 53. Eo enim solo testamenta non infirmantur, & si adiuncta ei sit voluntas, utique & codicilli.

ſtarent, nulla mentione facta ullius poſtumi: deinde poſt codicillos quis natus ſit poſtumus agnatus, vel ſuus heres: placet, non rumpi codicillos; ſed fideicommiſſum etiam ab hoc, qui in numero ſit legitimorum heredum, deberi, *L.* 3. *in princ. L. ab inteſtato. D. de iur. cod.*

XX. Cur hæc rurſum tam varie in pari defuncti voluntate? Quia qui teſtamentum facit poſtumo præterito, idem etiam alium inſtituit heredem, ſine quo nullum teſtamentum foret. Simul alio herede inſtituto adimit poſtumo hereditatem; quod iure facere pater non poteſt ſine exheredatione, cum filius vivo quoque patre exiſtimetur fuiſſe dominus bonorum paternorum. *L. in ſuis. D. de lib. & poſt.* Poſtumi præteritio in codicillis nullam eiuſmodi heredis inſtitutionem, aut hereditatis ademptionem adverſus poſtumum adiunctam habet. Primum quia codicillis heres alius non inſtituitur. *§. codicillis. Inſtit.* Deinde quia rogando legitimos heredes, ut reſtituant hereditatem, aut aliud quidvis: non modo hoc facto poſtumum ab hereditate non ſummovet, ſed etiam aperte heredem ſtatuit. Eſt enim hic heres legitimus quem rogavit, ut hereditatem reſtitueret. Sic autem rogando prius vult eſſe heredem, cum non poſſit hereditatem reſtituere, niſi ſit defuncto heres. Ratum eſt igitur, quod dixi, codicillos ut nuda voluntate non infirmantur; ſic nunquam niſi eius voluntate, quicumque caſus inciderit.

XXI. Sed hoc ita eſt, inquam, ſi per ſe, & principaliter codicillos infirmari volumus. Aliter vero infirmantur per conſequentiam, ſi ſint ii, qui ex teſtamento pendeant. Quo loco de coniunctione codicillorum cum teſtamento ſic habendum eſt: ab initio quidem, ut codicilli valeant, ex teſtamento non pendere, de quo ſupra dixi. At ubi ſemel eodem tempore teſtamentum iuſtum, & codicilli eſſe cœperint: tum codicillos ad teſtamentum pertinere quoquo tempore teſtamentum factum ſit, ſive [11] poſt codicillos iam factos, ſive antea. *L. ab inteſtato. L.* 3. *§. ult. D. de iur. cod.* Pertinere codicillos ad teſtamentum cum legimus, ut in *d. L. ab inteſtato. de iur. cod. L.* 1. *in pr. C. de cod.* Hoc ſignificant veteres, codicillos pro parte teſtamenti haberi, ut hoc explicatur in *L. quidam. D. de iur. cod.* Unde & in *L. pen. D. teſt. quem. ape.* dicuntur codicilli pars intelligi teſtamenti. Quæ omnia hanc vim habent, quæ aliis locis traditur; ut ſive teſtamento facto, codicilli facti ſint, ſive codicillis factis, teſtamentum: ita ut ambo eodem tempore ſemel eſſe cœperint; tametſi codicilli teſtamento confirmati non ſint, intelligamus tamen, ſic codicillos pertinere ad teſtamentum, ut vires ex eo capiant; ius eius, & conditionem, legem, atque obſervationem ſequantur: ſcilicet ut ſtante teſtamento conſiſtant codicilli: teſtamento rupto, aut irrito facto, etiam codicilli, & una quæ codicillis relicta ſunt intercidant: non per ſe, ſed alieno caſu eius rei, unde pendebant. *L.* 3. *§. ult. d. L. quidam.* verſ. *nimirum*, *d. L. ab inteſtato. in fin. D. de iur. cod. L.* 1. *in prin. C. de cod.*

XXII. Sed diligenter notandum eſt, hoc ius tum locum habere, cum qui teſtamentum fecit, & codicillos, eodem tempore iuſtum teſtamentum, & codicillos habuit. Quod ſi quis teſtamento facto, cum prius id ruptum eſſet, poſtea fecit codicillos; codicilli per ſe valebunt: nec quia teſtamentum prius factum erat, ideo ad id pertinebunt, ut quia ruptum erat teſtamentum, etiam intelligantur rupti poſtea codicilli. *L.* 1. *C. de cod.* Et recte; ut enim codicilli ad teſtamentum pertineant, prius eſt, ut ſit teſtamentum. Id autem iam ruptum erat: id eſt, iure nullum. Proinde quicunque codicilli poſtea erunt, non poſſunt dici ad id teſtamentum pertinere. Hæc cum ita ſint, de vi codicillorum ita recte definiemus, ſic valere codicillos, ſi ab initio recte facti contraria voluntate revocati non ſunt, neque ex teſtamento pependerunt; quod ſit nullo teſtamento facto, aut tum factis codicillis, cum iam teſtamentum ruptum eſſet; vel ſi pependerunt, & teſtamentum ad extremum conſtitit.

XXIII. Ut valeant codicilli; non continuo quod hic relictum eſt, debetur. Spectanda eſt etiam relicti conditio, ut propoſuimus. Non enim omnia codicillis relinqui poſſunt. Ac ſi quæ relinqui non poſſunt, cognoverimus, ſimul quæ poſſint, intelligemus. Poſſunt enim omnia, quæ non prohibentur. Duo autem fuerunt olim, quæ codicillis dari non poſſent, hereditas, & legatum. De hereditate mox. De legatis ſcriptum eſt in *§. præterea. Inſt. de fid. her.* Legata niſi ex teſtamento non valere. Unde factum, ut toto *Tit. Inſt. de codic.* nihil amplius legamus proponi

[11]) Semper enim, inquit Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 14. *h. t.* intellectu poſterior codicillus, licet antea fiat, & ita ſemper ſequela teſtamenti eſt. Græci vocant ἀναπλήρωσιν, Cuiac. *in L. Qui teſt. fac.* Forner. 2. *Select.* 9. vid. & P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 8. & 9. Vaud. 1. *Quæſt.* 19.

poni codicillis relictum, quam fideicommissum. Sed hoc ius sustulit Iustiniani constitutio, quæ legata exæquavit fideicommissis, & inter cætera quod fideicommissis datur, id voluit & legatis datum: ut scilicet ibi legata valeant, ubi & fideicommissa. *L. 2. C. comm. de leg.* Restat igitur hereditas sola, quam etiam nunc, ut olim, codicillis dari non posse placuit. *§. codicillis. Inst. de cod. L. 2. C. eod.*

XXIV. Habet vero hoc, & initio habuit dubitationem: unde videmus confirmatum esse variis rationibus a iuris auctoribus. Quamobrem & ambigendi caussam, & rationes huius iuris operæ pretium est cognoscere. Dubitatio autem ex eo, quod de usu, & iure codicillorum recepto traditum est *Inst. eod. tit. in pr.* receptos nimirum in usum codicillos, idque simpliciter. Item sic probatos a plerisque omnibus, atque adeo etiam a Labeone, ut nemini dubium esset, quin codicilli iure optimo admitterentur. Simpliciter hoc quoque & sine exceptione. Cur igitur iurisconsulti nihil nisi eius iuris interpretes hereditatem postea exciperent, ac non hanc quoque cum reliquis rebus codicillis relinqui liceret? Ratio duplex a veteribus reddita est, quod ad diluendam superiorem dubitationem haud dubie referri debet. Summa autem illorum responsio hæc est, ne ab initio quidem sic esse ab auctoribus ipsis acceptos codicillos, ut his hereditas dari posset. Primum hac ratione, quia ipsi illi auctores res hasce manifeste distinxerunt, testamentum, & codicillos. Alioqui cur his diversa nomina indidissent, quæ vi, & potestate essent eadem? At si codicillis dari potest hereditas, codicilli testamentum erunt. Institutio enim heredis, ut est caput, & fundamentum testamenti, *§. ante. Inst. de leg.* ita sola testamentum facit. *L. 1. §. qui neque. D. de her. inst.* Quapropter etiam de sententia auctorum hereditas codicillis genere a testamentis diverso dari non potest. Collectio est *L. si idem. C. de cod.* Cui congruit ratio reddita in *§. codicillis. Inst. de cod.* ideo codicillis hereditatem dari non posse, ne [12] confundatur ius testamentorum, & codicillorum: idest, quia testamenta, & codicilli diversa sunt; quæ ideo confundi non oportet.

XXV. Altera ratio reddita est a Papiniano in *L. quod per manus. D. de iur. cod.* ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur. Ratio ducta ab absurdo; collectio autem huiusmodi: si codicillis dari potest hereditas, seu heres institui, eveniet, ut testamentum codicillis confirmari possit. Finge enim testamento heredem scriptum non esse. Ipsum per se testamentum nullum erit. *§. ante. Inst. de leg. 1. in fi. D. de vulg.* Finge rursum, codicillis institutum heredem: Si hoc recte fit, futurum est, ut testamentum, quod herede instituto vires accipit, hac ipsa institutione confirmetur. Absurdum est autem dici testamentum confirmari codicillis, cum potius codicilli valeant ex testamento. Non igitur codicillis etiam ex sententia auctorum dari hereditas potest.

XXVI. Sed quod dicitur, hereditatem codicillis dari non posse, sic accipitur, ut [13] directo non possit dari herede instituto, aut substituto: cæterum per fideicommissum, seu verbis precariis etiam codicillis hereditas iure relinquitur. *d. §. codicillis. Inst. de cod. L. 2. C. eod.*

XXVII. Nec parum interest, utro modo valere datum dicamus, ne quis forte hoc discrimen in verbis, non in re positum arbitretur. Nam directo relicta hereditas, tota capitur ab herede instituto. Relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ, quam apud heredem ex senatusconsulto manere oportet. Indicaturque hoc discrimen in *L. 2. §. ult. D. de iur. cod.* Hoc amplius monendi sumus, etsi quis codicillis institutus sit, aut substitutus directo heres, ipsam quidem institutionem, aut substitutionem per se inutilem esse, ut tanquam ex institutione deferatur, confirmeturque hereditas: sed quæ directo institutio non valet, eam iure fideicommissi valere ex coniectura voluntatis. *L. Scævola. 76. D. ad Treb.* de quo supra diximus in definitione fideicommissi. Hoc tamen ita, dum constet, testatorem voluisse facere codicillos: sive quod ab initio voluit, sive quod cum parasset facere testamentum, addidit cautio-

12) Codicilli enim sic dicuntur per diminutionem quod sint parvum testamentum, vid. *not. C. prac. N.* 8. potest eorum esse eadem quæ testamenti auctoritas, Marq. Freher. 2. *Parerg.* 25. Non igitur improbabilis est, & inanis hæc ratio, ut vult A. Fab. 74. *Err. Prag.* 10. *p.* 565. nec etiam illa altera angustior, ceu videtur Rad. Forn. 3. *Rer. quod.* 23. Rationes vero 12. sed valde plerasque impertinentes, & longe petitas habet. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. creat.* §. 25. *n.* 1. E quibus suavis, & festiva est septima. Si res hereditaria, inquit, etiam inanimata dedignatur acquiri per aliam hereditariam animatam, idest servum, & sic digniorem, quanto magis debet testamentum dedignari, si tollatur vel confirmetur per codicillos, qui sunt minores potentiæ.

13.) Nisi a milite *L. 19. pr. L. 36. pr. de test. mil.* vid. Zoan. *Tr. de Rom. Imperio n.* 23. An & piæ caussæ dari poterit directo? Negat Vasq. *supr. d. §. 25. n. 9.*

tionem usitatam, ut diceret, si scriptura tanquam testamentum non valeret, velle se, ut vim haberet codicillorum. *L. coheredi*. *§. cum filia*. vers. *quæ ita*. *D. de vulg*.

XXVIII. Hoc posito, codicillis hereditatem directo dari non posse: consequens fuit, nec codicillis hereditatem posse [14] adimi: ut vere definiatur hoc modo, codicillis hereditatem neque dari, neque adimi posse. *d. §. codicillis*. *Inst. de cod. d. L. 2. C. eod.* Consequens ideo, quia eius est nolle dari hereditatem, qui potest & velle. *L. eius*. *D. de reg. iur.* Nolle autem dari, quæ iam data erat, est adimere. *Inst. de adem. leg.* Præterea qui hereditatem quibusdam adimit, his adimendo, aliis totam dat vel scriptis, vel legitimis heredibus. Iam autem diximus hereditatem codicillis adimi non posse. Consequens etiam his, herede pure instituto in testamento, conditionem codicillis non posse adiici: quod traditur in *L. Divi*. in pr. *D. de iur. cod. d. §. codicillis*. *Inst. de cod.* scilicet [15] quia conditione adiecta, testator in defectum conditionis hereditatem adimit; quod non licere codicillis facere iam diximus. Quod si non licet codicillis adiicere conditionem institutioni: multo minus licebit in testamento adiectam codicillis detrahere: cum hoc casu in defectum conditionis hereditas detur, quæ prius data non erat. Minus autem licet hereditatem codicillis dare, quam adimere.

CAP.

14) Conna. 9. *Com.* 7. *n.* 2. hoc sic interpretatur, posse quidem adimi hereditatem codicillis, ut eam non habeat, cui data erat; non vero ita, ut ad alium transmittatur, verum ut non pro adempta, sed pro nunquam data, habeatur *L.* 1. §. 4 *de his, quæ in test. del.* Et ideo portionem illam non accrescere coheredibus, nec obvenire legitimis, sed acquiri fisco *L.* 4. *Cod. de his quib. ut indign.* Sed *d. L.* 1. §. 4. non de ademptione codicillis facta, sed deletione, & cancellatione loquitur; & *d. L.* 4. est de herede post testamentum male de testatrice merito. Nec porrigenda videtur ad alios casus.

15) Quæ ratio redditur in *L. pen. in fin. de cond. inst.* plura de codicillis pete ex Cuiac. 2. *ad Afric. in expositione L.* 14. *&* *seq. h. t.*

C A P. X X.

Delatum hereditatis fideicommissum tunc acquiri, cum, ut oportet, susceptum fuerit. In hac susceptione primam esse caussam restitutionis heredis. Quæ circa hanc dubitationes incidant, quæ eam morentur, cum in re restitui iussa, tum in circumstantiis præstationis. Illic quæri, quid, quantumque fideicommisso contineatur; hic cui, a quo, ubi, & quando sit præstandum. Et de his breviter, ne quid sit in iis, quod temere hanc restitutionem remoretur.

Fideicommissa hereditas tunc acquiritur cum recte & delata est, & suscepta. I.
Recte suscepta intelligitur cum restituta ab herede, recepta est a fideicommissario. II.
Cur primum de restitutione. III.
Incidere initio, quæ restitutionem morentur, quæstiones duas; Hæ quæ sint. IV.
Quantum relictum sit partim ex verbis sumitur, partim ex iure. V.
Ex verbis: *hereditas tota, vel eius pars*. VI.
Ex iure, *ut sive tota hereditas, sive pars eius restituenda sit, semper quarta apud heredem rogatum manere debeat, si quidem volens adeat, & restituat*. VII.
Si vel uni hereditas restituenda, vel pluribus expressis singulorum partibus, tantum quisque habet, quantum cuique tributum. Si vero non expresse partes, servatur idem quod in institutis, ut si aliis, quam coheredibus restituenda, partes æquales; sin coheredibus, eædem partes in fideicommisso, quæ in hereditate, nisi proclivior sit coniectura, testatorem voluisse æquas partes fieri. VIII. IX. X.
Hæc coniectura sumitur ex duabus rebus. XI.
Ex appellatione nominum. XII.
Ex æquali divisione onerum. XIII.
Ei fideicommissum relictum intelligitur, quem testator designavit. Si is nullus, nulli debetur. XIV.
Designatur fideicommissarius vel nominatim, *vel alia ratione: puta si quis mandet heredi suo, ne testamentum faciat*. XV.
Item verbis indefinitis. XVI.
Fideicommissum, cum in persona eius, qui designatus est, consistere cœpit, isque post diem fideicommissi cedentem decesserit, ad illius heredes transit. XVII.
Quando dies fideicommissi cedat; quove loco de hac re dicturus Auctor. XVIII.
Ab eo fideicommissum relictum esse, quem testator designavit; & si nullum expressit, creduntur onerari omnes heredes instituti, vel legitimi. Cur aliud, si fideicommissarius nullus expressus. XIX. XX.
Fideicommissum relictum in diem certum, *ante hunc peti non potest; debetur tamen, & solvi potest, quemadmodum & hereditas*. XXI.
Quod scriptum est in L. sed & si 10. D. ad S. C. Trebell. *ante diem restituta hereditate, actiones non transferri, accipiendum est de die* incerto. XXII.
Hanc esse vim conditionis adiectæ, ut ante quam extet, dies fideicommissi neque veniat, *neque* cedat. XXIII.
Exceptio. XXIV.
Interdum dies, & conditio vi ipsa inest. XXV.
Dies *quando insit*. XXVI.
Quando conditio. *Tacitæ huius conditionis duo exempla*. XXVII. XXVIII.
De conditionibus ubi dicturus sit Auctor: una excepta, de qua Cap. seq. XXIX.

I. SED iam ad fideicommissariam hereditatem redeo, & quod in directa fecimus, ut cum delatam testamento esse constaret, subiiceremus ordine, quomodo delata plene acquireretur, quæsita quid secum ferret commodi, aut incommodi: idem in fideicommissaria nobis faciendum; ut cum dixerimus hactenus, quam recte deferatur, & ubi sit delata, quæ prima acquisitionis propositæ pars est; deinceps delata quomodo acquiratur, seu quæ res hanc acquisitionem perficiat, & quid ef-

ficiat quæsita, eodem ordine, ut est propositum, cognoscamus: quando hæc, ut non defertur eodem modo, sic nec eodem acquiritur, nec idem efficit. Fideicommissa hereditas tunc acquiritur, cum ita delata, ut ostendimus, recte deinde, &, ut oportet, est suscepta.

II. Recte suscepta intelligitur, cum restituta ab herede, recepta est a fideicommissario: ut constet hæc susceptio utriusque opera, & facto; heredis quidem restitutione, fideicommissarii autem acceptione mutua. *L. restituta*, 37. *D. ad Treb.* *§. restituta*, *Inst. de fid. her.*

III. Sed semper restitutio heredis prior; quippe quo non restituente, nihil sit, quod fideicommissarius recipiat. Quamobrem quid hæc restitutio iure postulet ab herede, prius cognoscendum.

IV. Id autem, quod dico, huiusmodi est. Sunt enim quædam, quæ eius restitutionis iustam recusationem: nonnulla, quæ de eo dubitandi iustam causam adferant: ut quamvis constet, de hereditate restituenda rogatum esse heredem, & hactenus delatam ex fideicommisso hereditatem: tamen non possit ea restitutio, quam hic quærimus, nisi superiorum rerum iure cognito, facile expediri. Hæc igitur, inquam, quæ & qualia sint, cognoscendum est, & si quid in his iure restitutioni obstet, heredi servandum; si quid videatur non iure, ante, ut restitutio procedat, amovendum. Incidunt autem initio, quæ hanc restitutionem morentur, summæ quæstiones duæ. Una de re, quæ fideicommisso continetur, ut sciatur, quid, quantumve relictum sit, ut ita præstetur. Altera de circumstantiis præstationis, ut quæratur, quod relictum est, cui, a quo, ubi, & quando sit præstandum. De quibus nunc ita dicam, ut attingam tantum ea, & quidem breviter, quæ huius speciei propria videntur: quia mihi constitutum sit, hæc quoque in communi illo argumento de legatis, & fideicommissis, pleniore, & accuratiore tractatione exsequi; atque ea dicere, quæ pertineant ad omnem relicti, & supremæ voluntatis speciem, in quam eiusmodi aliqua incident.

V. Et ut a relicto ordiar: non solum hic videndum est, quid relinquatur ab herede, ut ab eo præstetur; sed etiam re pluribus restitui iussa, quantum cuique testator tributum velit. Sed de herede quæritur; quantum ab eo relictum sit, partim ex verbis, partim ex iure sumitur.

VI. Ex verbis; dum hereditatem aut totam, aut pro parte restituere iubetur, & parte relicta, de hac ipsa parte exprimitur. Quid autem contineatur his verbis, dicemus opportunius postea, cum quæremus, quid in fideicommissariam hereditatis restitutionem veniat.

VII. Illud sumitur ex iure, quod sive totum testator vult restitui, sive pro parte, semper placet quartam partem apud heredem rogatum manere debere; ut sive tota hereditas fideicommissa est, fideicommissum ad eam usque quantitatem minuatur; sive pro parte: hactenus minuatur fideicommissum, quatenus dodrantem eius partis excedit. Si tamen heres volens adeat, & restituat. *§. sed quia heredes.* *§. sed si recusabat.* *Inst. de fid. her.* De quo paulo post amplius suo loco.

VIII. Si agitur de fideicommissariis, quæriturque quantum cuique relictum videatur: si quidem uni tantum iubetur hereditas restitui, hic res dubitationem non habet, cum huic quod relinquitur, solidum relinquatur.

IX. Sed etsi iubetur restitui pluribus: etiam tunc res caret dubitatione, cum partes a testatore in singulorum persona expressæ sunt. Tantum enim habiturus est quisque, quantum cuique testator attribuit.

X. Partibus vero non adscriptis, hic res incidit in dubitationem, quæ partes inter istos fieri debeant. In quo voluntas (nam hoc quoque ex voluntate testatoris pendet) coniectura exquiritur. Servaturque idem de partibus, quod in pluribus heredibus institutis fieri diximus: ut siquidem rogetur heres restituere hereditatem aliis non coheredibus suis, intelligantur fideicommissarii vocati esse ex æquis partibus: pro numero videlicet personarum. *L. quoties.* 9. *§. heredes.* *D. de her. inst.* Sin pluribus heredibus institutis, rogetur unus restituere portionem suam coheredibus: videatur testator easdem partes in fideicommisso, & substitutione fecisse, quas in hereditate distribuenda inter eosdem fecerat: idest, dispares, si ex diversis partibus instituti erant, & eadem proportione. *L. quoties.* 23. *D. ad Treb.* *L. si plures.* *D. de vulg.* Sic tamen, nisi quid hic factum sit, ex quo proclivior coniectura sit, testatorem voluisse æquas hic quoque partes inter coheredes servari.

XI. Quæ coniectura duabus ex rebus sumitur.

XII. Una, si non sub appellatione heredum, sed [1] propriis nominibus heredum singu-

[1]) De nominum propriorum expressione, quando faciat partes viriles relictas censeri, quæ alias hereditariæ futuræ. Vid. Simon de Prætis *Lib.* 3. *de Interpr. ult. volunt.* *Interpr.* 1. *Dubitat.* 5. *Solut.* 1. Philip. Massin. *ad L.* 1. *C. de Impub. subst.* *n.* 95. *& seq.*

singulorum expressis fideicommissum relinquatur. *L. nonnunquam*. 24. *D. ad Treb.* Nominum enim appellatio singulas personas designat, non personarum qualitatem. Unde sit, ut appellati numero exæquentur, non distinguantur qualitate. *arg. in L. si heredes*. 124. *D. de leg.* 1.

XIII. Altera est, si hi, quibus fideicommissum datur, iubeantur, ut fideicommissum accipiant, pecuniam numerare, & in hac æquas partes dare. Sic enim visum est ex divisione onerum coniecturam voluntatis capi, ut qui æqualiter onerati sunt in pecunia danda, iidem videantur & in commodo adiuncto exæquati esse. *d. L. quoties*, 23. *ad Treb. L. utrum*, §. *ult. D. de reb. dub.* Hoc secundum regulam naturæ, quæ dictat, æquum esse commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum*. *D. de reg. iur.*

XIV. De circumstantiis personarum, & temporis, quæ spectentur in hac restitutione, breviter sic habendum. Ei fideicommissum relictum intelligitur, & soli huic præstandum, quem testator, ut ei præstaretur, designavit. Nulla fideicommissarii persona testamento adscripta [2] nulli fideicommissum datum videtur neque certæ Personæ, neque incertæ. *L.* 4. *D. de reb. dub.*

XV. Designatur idonee persona fideicommissarii non tantum nominatim, sed omni oratione, ex qua intelligi possit, de quo testator senserit. Utputa, si quis mandet heredi suo, ne testamentum faciat: supra diximus contineri his verbis fideicommissum, & valere, quasi heres rogatus sit restituere hereditatem legitimis suis heredibus. *L. qui filium*. 74. *D. ad Treb.* Atqui legitimi heredes hic nominati non sunt. Sed ex prohibitione superiore satis intelliguntur; cum, ut dixi in ratione eius fideicommissi explicanda, testamenti remotio nullis prodesse possit nisi legitimis heredibus.

XVI. Interdum verbis indefinitis fideicommissum, ut hereditas, quibusdam relinquitur, veluti, quisquis mihi erit, ei Primus partem suam, aut hereditatem restituito. Quibus verbis qui contineantur, quæri solet. De quo dixi libro superiore, *tit. de pupillari substitutione*. Explicatur verbum in his locis. §. *substituitur*. *Inst. de pup. L.* 3. *L. qui liberis*. *in fi. pr.* & §. *ult. D. de vulg.*

XVII. Ei, qui designatus est, soli fideicommissum præstandum cum dixi, sic intelligi volo, ut ita præstandum sit ab initio; & cum de eo quæritur, a quo initium capiat fideicommissum, quem fideicommissarium appellamus. Cæterum cum in persona eius cœperit consistere, etiam eo mortuo transibit fideicommissum ad heredem eius, si modo post diem fideicommissi cedentem decesserit. *L. quidam*. 25. *in pr. D. ad Treb.*

XVIII. Cedit autem fideicommissi dies, si aut pure, aut in diem relictum sit. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced.* Sed de hac transmissione dicetur ex professo in legatis: quando locus ad omnem legati, & fideicommissi speciem pertinet.

XIX. Ab [3] eo item fideicommissum relictum est, quem testator designavit. Quem si exprimit, res expedita est. Si nullum omnino exprimit, nihilominus fideicommissum valet, & semper rogatus intelligitur heres omnis, qui testatori, eive, cui substituitur, heres futurus est. Veluti si simpliciter testator dixerit, se velle hereditatem suam restitui Titio. Si aliqui heredes instituti erunt, hi rogati sunt. Si defunctus intestatus decessit, intelliguntur rogati heredes legitimi. *L. ea quam*. *C. de fid.* exempla *in L. Scævola*. 76. *L. si quis priore*. 29. *D. ad Treb.*

XX. Cur ergo, persona fideicommissarii non adscripta, nullum est fideicommissum, ut diximus; persona autem eius, a quo fideicommissum relinquitur, non adscripta, nihilominus fideicommissum valet: cum certum sit ad fideicommissum tam necessariam esse personam eius, a quo relinquitur, quam eius, cui relinquitur? Id ex eo est, quod ex relicto semper certus est iure is, a quo relinquitur. Ut enim alius certus non designetur a quo quid præstetur, hoc heredis onus est, uti & æs omne alienum. *L. ult. C. de her. act. L.* 2. *C. de legat.* Unde legatum definitur donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda. §. *legatum Inst. de leg.* Ita ex onere persona eius, cui onus adiunctum est, satis intelligitur. At fideicommissi commodum nulli proprie adiunctum est, ut dici possit huic potius fideicommissum deberi, quam alteri. Totum enim hoc, ut cui præstetur, voluntatis est, & liberalitatis defuncti. Quæ in quem conferatur,

 nisi

2) *L. si patroni* 55. §. 1. *h. t.* vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Iure fideicom.* C. 1.

3) Sive heres scriptus sit, sive alius, ad quem hereditas pervenit, vid. *supr. Cap.* 16. *N.* 4. 5. Et successor quoque heredis præstare cogitur. *L. quamvis* 40. §. 1. *L.* 44. *pr. hoc tit.* Fiscus quoque quocunque iure ad eum bona sive caduca, sive ut vacantia pervenerunt, præstat fideicommissa tam universalia quam singularia *L.* 96. §. 1 *de leg.* 1. Interdum quoque ab alio præstatur fideicommissum, quam qui rogatus est, ut in casibus *L.* 1. §. 9. *L.* 16. §. 8. *hoc tit.* vid. Chiflet. *L.* 4. *de Iure fideic.* C. 1.

nisi ex designatione eius intelligi non potest. Locus restituendi ad legata, & fideicommissa singularum rerum præcipue pertinet, ut quæ solæ sint, quæ locum obtineant, a quo & in alium per restitutionem possint transferri.

XXI. Quodcumque vero, cuicumque, & a quocumque relictum erit, non prius debebitur, quam testator voluerit. Hoc autem, quando voluerit testator præstari, ex iisdem rebus, quæ differunt, aut non differunt cætera relicta, reliquasque obligationes, æstimandum est. Quod enim de legatis scriptum est in *L. 1. in pr. D. de cond. & dem.* id multo citius de fideicommissis dicendum est, in quibus plenius voluntas defuncti iam olim valuit: fideicommissis scilicet, qui relinquantur, ut legatis, aut diem, aut conditionem adscribi; aut si nihil horum factum sit, præsentia esse; nisi si vi ipsa dies, aut conditio insit. Cum dies certus adscriptus est, valet idem, quod in omnibus obligationibus etiam inter vivos contractis, ut ante 4 diem fideicommissum peti non possit; at debeatur tamen, ut & solvi possit, & solutum per errorem non possit repeti. *d. L. 1. in pr. de cond. & dem. L. cedere. de ver. signif. L. centesimis. in pr. D. de ver. obl.* Neque hoc aliter fit in hereditate ex fideicommisso in diem certum restitui iussa. Et hic quoque ante, quam dies venerit, cessit: tamen placet, si fideicommissarius interim decesserit, fideicommissum ad heredes eius transmitti, ut est in *L. Seius. 46. D. ad Treb.* sicut accidit in omnibus legatis, cum post diem legati cedentem legatarius decessit. *L. si post. quan. di. leg. ced.* Eiusque sententiæ etiam argumentum est, quod si quis alio loco restituere hereditatem iussus sit, similis est ei, qui in diem rogatus est restituere. Inest enim in loco dies, intra quem ad eum locum possit perveniri. *L. recusare. 6. §. ult. D. ad Treb. §. loca. Inst. de ver. obl. L. interdum. D. eod.*

XXII. At de hoc ipso, qui alio loco restituere hereditatem iussus est, traditum est in *L. sed etsi alio. 9. in pr. ad Treb.* eum & antequam in eum locum venerit, & venire potuerit, hereditatem adire posse, & restituere. Nempe ergo & antequam dies venerit. Quorsum igitur laboramus in re, ut videtur, aperta? Quia scriptum est in *L. sed etsi ante 10. ad Treb.* si ante diem, vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferri actiones; quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Sed ex superioribus apparet, hoc de die incerto accipi debere: cum ex notissimis locis dies certus in diversa caussa habeatur, cum in aliis relictis, tum vero etiam in fideicommissa hereditate. Idque etiam ex contextu eius loci, itemque ex verbis ipsis responsi potest intelligi. Prius in *L. 9. præcedenti. §. ult.* dictum erat, si quis sub conditione fuit heres scriptus, pendente conditione, frustra paratum esse heredem restituere hereditatem. Subiicitur continenter in fragmento sequenti, etsi ante diem, vel conditionem restituta sit hereditas ultro accipienti fideicommissario, tamen non transferri actiones. Quod quidem ad præcedentem propositionem de conditione positam referri debere apparet. Responsum vero ipsum eum diem, & conditionem comparet, declarat, diem conditioni similem intelligi debere. Is autem est dies incertus *L. 1. §. 1. L. dies. D. de cond. & dem.* nam dies certus pene toto genere a conditione dissidet. *L. cedere. de ver. sig.* Idque etiam in supremis voluntatibus. *d. L. 1. de cond. & dem.* Adde rationem, quæ adiicitur in *d. L. 10. ad Treb.* quæ quidem nisi diei incerto, & conditioni convenire non potest. Ante diem, inquit Caius, vel conditionem non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Hoc de die certo non recte dicitur, quoniam hunc constat adiici heredis caussa; nihil autem fecit heres contra voluntatem testatoris, qui, contempto iure suo, statim fideicommissum restituit. Quinimmo fideicommissum statim repræsentando, plenius iudicium defuncti agnovit. Quod si in fideicommissaria restitutione contra voluntatem faceret, qui ante diem certum hereditatem restituit; faceret & is contra voluntatem in legatis, qui legatum ex die relictum ante diem præstaret; eoque esset & hæc ipsa præstatio inutilis. Quid si responsum *d. L. 10.* accipimus non de die, aut conditione restitutioni hereditatis adiecta, sed ea, sub qua heres institutus est? Res erit expedita; & tum demum recte conveniet locus definitioni præcedenti *d. L. 9. §. ult.* ubi non de fideicommisso agitur sub conditione relicto, sed de herede scripto sub conditione, qua pendente, quid iuris sit de restitutione, quæritur. Et hoc aptius. Quo sensu diem incertum omnino intelligere oportebit; quia ex die certo heres institui non potest;

4) Nisi in favorem fideicommissarii dies adiectus sit, arg. 43. §. 2. *de leg.* 2. vid. P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 21. *& seq.*

teft; fed die detracto, tanquam pura valet inftitutio. *L. hereditas ex die*. 34. *D. de her. inft.* §. *heres*. *Inft. eod.*

XXIII. Conditionis adiectæ vis certa eft, ante fcilicet, quam conditio exftiterit, nec ceffiffe, nec veniffe diem fideicommiffi: id eft, nihil peti poffe, fed nec deberi. *d. L. cedere. de verbor. fignif.* Solum videndum, ubi adfcriptus fit dies, aut conditio. Et conditione adfcripta, quando conditio exfiftat; ubi fæpe de verborum fignificatione, & fententia quæritur. Ut in illa conditione, fideicommiffo reftitui iuffo, cum fideicommiffarius ad vicefimum annum ætatis pervenerit. De qua in *L. qui filium*. 74. §. 1. *D. ad Trebellian.* Sed hic locus de conditionibus non eft proprius huius quæftionis. Pertinet generaliter ad inftitutiones, & legata, ac fideicommiffa, omniaque, quæ teftamento relinquuntur; eoque & feparatim explicandus. Quod & proprio titulo factum eft in Pandectis de conditionibus, & demonftrationibus. De quo & a nobis poftea dicetur inter legata.

XXIV. Interdum tamen & pendente conditione fideicommiffum repræfentari placuit: quod fit in fpecie *L. Imperator*. 50. *ad Trebell.* fed ex magna, & iufta cauffa, quæ illic declaratur. Quod totum ex ipfo loco petendum eft.

XXV. Nulla die, aut conditione adfcripta, videndum & illud, num dies infit, aut conditio.

XXVI. Ineft dies, ut loco adiecto, cum quid certo loco reftitui iuffum eft. *L.* 6. *in fin. D. ad Trebell. L. interdum. D. de verbor. oblig.*

XXVII. Ineft etiam fæpe conditio; quæ verbis omiffa, partim ex verbis fideicommiffi, quæ adfcripta funt, partim ex coniectura voluntatis intelligitur. Ex verbis fideicommiffi fere intelligitur, cum heres rogatus eft reftituere hereditatem filiofamilias his verbis: *rogo, des filio tuo faciafque ut ad eum perveniat*. Ubi placet, videri in id tempus dari, cum capere poterit: ideft, cum fui iuris erit. *L. ubi* 19. *in princ. D. ad Treb.* Hoc quidem ex conditione perfonæ fideicommiffarii: bona tamen ex parte ex verbi fignificatione. Non enim videbitur ad filium perveniffe, nifi totum ei acquiritur, & eft manfurum. *L. aliud eft capere*. *D. de ver. fig.* Conditio autem filiifamilias obftat, quominus quandiu ea conditione eft, poffit ei ita acquiri. §. 1. *Inft. per quas perf.* Expectandum igitur, dum, mutata conditione, fui iuris effe cœperit, & cœperit ei plene acquiri poffe.

XXVIII. Eadem interpretatio circa conditionem in hoc fideicommiffo, cum rogatur mater, quidquid ad fe pervenerit, faciat, ut perveniat ad filium fuum. Quod Scævola ita eft interpretatus, ut videatur mater rogata non pure reftituere; fed fub conditione, feu ex die incerto, cum deceflerit [5] *L. epiftolam*. 75. §. 1. *D. ad Treb.* Hoc quoque partim ex verbis, partim ex matris conditione. Verbo quidem non videtur perveniffe proprie ad matrem, nifi quod eft apud illam, dum vivit, manfurum. *d. L. aliud eft capere. D. de rer. cond.* Conditio autem matris, & pietas, atque obfervantia huic debita hoc fuadent, ut prius matri deferatur; fic deinde mortua matre, perveniat ad filium. Cum quibus congruit iudicium defuncti, qui matrem in hac hereditate fideicommiffa filio prætulit. Coniectura folum voluntatis conditio in hac fpecie admiffa eft de fententia Papiniani, cum teftator aliquem ex liberis rogat, ut hereditatem poft mortem fuam reftituat alicui extraneo. Ubi placuit, hanc conditionem ineffe ex voto parentis, fi rogatus deceflerit fine liberis. Alioqui liberis relictis, voluiffe teftatorem ad hos potius hereditatem pertinere. *L. cum avus. D. de cond. & dem. L. cum acutiffimi. C. de fid.*

XXIX. Sed & hæc quæftio omnis, ubi infit, aut intelligi debeat conditio, communis eft cum inftitutionibus, legatis, & fideicommiffis reliquis omnibus; nec quidquam hic proprie ad fideicommiffum hereditatis pertinet. Quamobrem & ad communem locum de conditionibus totum hoc remittendum. Una eft ex omnibus conditio in hoc genere, quæ cum fit communis cum relictis aliis omnibus: in fideicommiffaria tamen hereditate ut præcipuam curam fideicommiffarii defiderat, ita & proprium in eo ius ac tractatum obtinet. Ea conditio eft, fi heres fcriptus hereditatem adierit. De qua ideo feparatim nobis hoc loco dicendum eft.

CAP.

5) Aliam expofitionem huius *L.* 75. §. 1. vide A. Fab. 65. *de Error. Pragmat.* 8.

C A P. XXI.

Utcumque rogetur pure heres scriptus restituere hereditatem, semper tamen inesse hanc conditionem, si heres rogatus hereditatem adierit. Hinc ne fideicommissum intercidat non adeunte herede, remedia primum nata, eademque iure prodita, partim ad invitandum heredem ad hereditatem sponte adeundam, partim ad repugnantem cogendum. Et de duobus remediis ad invitandum propositis; æris alieni exoneratione, & quartæ retentione ex senatusconsulto Trebelliano.

In omni legato, ac præcipue in fideicommisso hæc conditio inest: si hereditas adita sit. I.
Cum certum est, eam adiri non posse, fideicommissum intercidere. II.
Heres, qui adire nolit, invitatur ut adeat; & si recusat, cogitur. III.
Invitatur primum amoto metu periculi æris alieni, deinde præmio adeunti proposito. IV.
Incommodo æris alieni prospectum S. C. Trebelliano. V.
Præmium ex Pegasiano; & quod nam istud præmium, quove modo vulgo appellatum. VI.

I. IN omni legato, & fideicommisso, inquam, etiam si sine die, & conditione adscribantur, hæc conditio inest, si heres a quo relicta sunt, heres erit; eoque in extraneo, si heres hereditatem adierit. *L. omnia.* 32. *D. de lega.* 2. Sed præcipue in fideicommisso, & eo, quod sit de restituenda hereditate. Intelligitur inesse hæc conditio, cum ex restituendi verbo, tum ex iure, & restituendi obligatione. Rogatur heres restituere hereditatem. Non potest restitui, nisi quod prius ad aliquem pervenit, & quod is cœpit habere. *L. item veniunt. §. ait senatus. L. utrum. D. de her. pet.* Sed & ius id facit, ut non alius ad restituendum possit obstringi. Qui enim a nobis nihil accepit suprema voluntate, ab eo relinqui nihil potest. *L. ab eo. C. de fid. L. 6. in fin. D. de leg.* 3. Non acquirit autem heres extraneus hereditatem, nisi adeundo, aut, quod idem valet, pro herede gerendo. *§. item extraneus. Instit. de hered. qualit.* Quare habet restituendi verbum, & obligatio hanc conditionem, si heres prius hereditatem adierit, ut aditam capiat, acceptam restituat. Unde eveniet, ut, non adita hereditate, non debeatur fideicommissum, ut accidit in omnibus relictis conditionalibus, ubi conditio non exstitit. *L. cedere. D. de verbor. signif.*

II. Quod si etiam certum esse cœperit, eam adiri non posse: tum plane intercidat fideicommissum. Quod fit, si heres rogatus restituere, decedat [1] ante aditam hereditatem. *L. ille.* 13. *§.* 1. *in fi. L. ita.* 27. *§. quoties. in fi. D. ad Treb.* Quamobrem fideicommissaria hereditate relicta, magnæ curæ esse debet fideicommissario, ut heres rogatus primo quoque tempore hereditatem adeat, ne ante decedat, quam adierit, aut facultas agnoscendæ hereditatis ei vivo adimatur.

III. Quid ergo si heres nolit adire, quod dicat suspectam propter æs alienum hereditatem? Danda fuit opera, si quo modo potest, & fideicommissario consultum volumus, ut adeat. Cui etiam rei hac parte diligenter prospectum fuit iure publico. Ac primo invitati sunt heredes, ut sponte sua adire vellent: post etiam, si recusarent, inviti coacti.

IV. Invitati ad adeundum duobus modis: primum amoto periculi metu, quod ex aditione esse poterat adeunti. Deinde etiam præmio adeunti constituto.

V. Periculi iustus metus ex aditione in ære alieno. Hereditas enim adita obstringit heredem æri alieno defuncti, etiam si solvendo non sit. *L. more. D. de acq. her.* Parumque profuerit heredi ad hæc onera depellenda, si restituat hereditatem, nisi proprio, & singulari aliquo iure huic restitutioni succursum esset. Heres enim manet, qui semel exstitit. *L. ait. §. sed quod Papinianus. D. de mi. §. restituta.*

1) Quid si heres ante aditionem, post compulsum tamen prætoris decedat. Vasq. *L.* 2. *de Success. resolut.* §. 11. *n.* 42. contra omnes, ut perhibet, & sic quoque nihilominus fideicommissum universale intercidere per *d. L.* 13. §. 3. *hoc tit.* Sed contrarium probat *L.* 4. *&* *L.* 7. §. 1. *Cod. hoc tit.* & immo *d. L.* 13. §. 3. dicit, compellendum adire, ne prius decedens (ante compulsum scilicet & coactionem) fideicommissarium decipiat.

ta, *Inst. de fid. her.* Quippe adeundo cœpit obligatus esse creditoribus hereditariis. *L. ult. C. de her. act.* Hac obligatione suo facto liberari non potest invitis creditoribus. *L. si servum. §. nunc videamus. D. de ver. obl.* Idemque hic accideret heredi restituenti hereditatem, quod accidit heredi hereditatem vendenti; qui vendita hereditate nihilominus creditoribus hereditariis, ac fideicommissariis tenetur, ut ante. *L. 2. C. de her. vel. act. vend.* Huic incommodo primum prospectum est [2] senatusconsulto Trebelliano, & periculum onerum hereditariorum adeunti heredi tatem, & restituenti amotum. Placuit enim, ut quæ actiones heredi, & in heredem competunt, hæ darentur ei, & in eum, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, *§. restituta. Inst. de fid. her. L.* 1. ubi senatusconsultum exstat: *D. ad Trebell.* Et hoc quidem ius proprium fideicommissariæ hereditatis restitutionis: neque enim ad eos heredes, qui legata, aut fideicommissa rerum singularum præstiterunt, pertinet. *L. nam quod.* 14. *§. ult. L. cogi.* 16. *§. & generaliter. L. ita.* 27. *§. Trebellianum. D. eod.* ut merito vel ob hoc ipsum ius aditio ista hoc loco, ut loci propria, attingenda fuerit.

VI. Sed nondum satis ad invitandum heredem. Manet enim etiam adhuc metus quidam suspecti periculi: certe nonnulla molestia adeundi, & post aliquod tempus restituendi hereditatem. Quam heredes facile nollent ob nullum, aut minimum lucrum subire. Quamobrem etiam huic incommodo occursum est postea [3] senatusconsulto Pegasiano: & cautum, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret [4] quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur. *§. sed quia heredes. Inst. de fid. her.* Ita cum prius lex Falcidia, quæ de legatis loquitur, non pertineret ad restitutionem fideicommissariæ hereditatis: per senatusconsultum inducta est in hanc restitutionem, ut in re simili loquitur Paulus in *L. 1. §. ad eos. D. ad leg. Falcid.* ut iam quarta, quæ deducitur ex fideicommissaria hereditate, non tam ex senatusconsulto, quam ex lege Falcidia, cui hæc species data est, percipi videatur. Et hinc factum est in usu iuris, ut hæc ipsa quarta, similiter quarta Falcidia, commodum legis Falcidiæ, quarta quæ retinetur ex lege Falcidia, seu iure Falcidiæ, a veteribus passim nominetur. *L. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. L. Titia.* 86. *D. ad leg. Falcid. L. ita tamen.* 27. *§. Trebellianum. in fin. L. si quis priore.* 29. *L. si patroni.* 55. *§. qui fideicommissam. in princip. D. ad Trebell.* Vulgo interpretes vocant quartam Trebellianicam: quia primum admissa est senatusconsulto, Pegasiano quidem: attamen eiusmodi, cuius postea auctoritas omnis attributa est senatusconsulto Trebelliano a Iustiniano, exploso Pegasiano senatusconsulto. *§. sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* Hoc non male, dum eam partem iuris spectamus, quæ legem Falcidiam huc traxit. Sed veteres eam legem spectarunt, qua primum constituta est de his, quæ testamento relinquuntur, quartæ retentio. Quæ cum postea inducta est in hanc speciem fideicommissariæ hereditatis, id actum est senatusconsulto, non ut ex senatusconsulto, sed ex lege ipsa Falcidia, quæ huc traducta est, hæc quarta sumeretur.

CAP.

2) Edito tempore Neronis, Seneca, & Trebellio Maximo Consulib. *d. L. 1. §. 1. D. §. 4. I. hoc tit.* suffectis scilicet & extraordinariis, cum Fastis eorum nomina non sint adscripta, Goth. *utrobique in not.* Chiflet. *Lib. 4. de Iure fideicomm. Cap. 4.* licet Radulf. Forner. 2. *Rer. quotid.* 18. Senecæ nomen in Fastis ideo non exstare, quod exemptum fuerit, eius, ceu perduellis memoria a Nerone indigne damnata. Eius caussa finalis ne alium commoda sequantur, alium onera, in verbis Senatusconsulti primis *L. 1. §. 2. h. t. Cum esset aequiss. &c.* Caussa impulsiva, ne prætextu metus litium recusarent fiduciarii adire, in verbis extremis, *quo magis in reliquum, &c.* Ita Chiflet. *d. loc.* At, puto ego, potius Caussa finalis in dictis verbis ultimis, & in verbis primis Caussa formalis, seu ratio Senatusconsulti. Caussa autem impulsiva, exempla fiduciariorum, in præiudicium fideicommissariorum repudiantium. *§ 5. I. h. t.*

3) Cuius provisio equidem plenior, & fortior quam Trebelliani: sed salebrosas, & captiosas stipulationes partis, & pro parte emptæ, & venditæ hereditatis, invexit, quibus, nisi caveret sibi heres, si rogatus erat ultra dodrantem restituere, adhuc in solidum obstrictus manebat oneribus hereditariis, *d. §. 5.* vid. Cui. 2. *Obs.* 30. Chiflet. *Li. 14. de Iure fideic. C. 8.*

4) Duar. *ad tit. D. ad L. Falc. C. 7.* vocari Falcidiam, quia utilitatis caussa ad exemplum Falcidiæ recepta: sicuti, Quasi Serviana, quandoque vocatur simpliciter Serviana. Cont. 2. *Subsec. lect. 4.* putat quia inter legem Falcidiam (sub Augusto) & SC. Pegasianum (sub Vespasiano factum) 100. anni, & quod excurrit, intercesserunt, toto intermedio tempore probabile esse, extensam fuisse quartam Falcidiam ad fideicommissa. Idque forte caussæ esse, cur invento postea Pegasiano Senatusconsulto, segnius eo uti Iurisconsulti soliti, adsueti nimirum Falcidiam eo extendere. Eius rei exstare argumentum, in *L.* 58. vers. *dixi legem Falc. &c. ad L. Falc.* Sed neque hæc opinio convenit *d. §. 5. I. hoc tit.* ubi Imp. aperte ante SC. Pegasianum plerosque fideicommisso gravatos adire recusasse ob nullum lucrum, si totam, vel minimum, si pene totam hereditatem restituere rogati essent. Et *d. L.* 18. loquitur de porrectione L. Falcid. facta a D. Pio post SC. Pegasianum. Nam inter Vespasianum, & D. Pium intermedii fuerunt 5. Imperatores, Titus, Domitianus, Nerva, Traianus, Hadrianus. De sententia autem *d. L.* 18. vid. Duar. *ad L. Falc. C. 3.* & A. Fab. 1. *Iurisp.* 11. *Pr. 9. Ill. 5.*

CAP. XXII.

Heredem rogatum restituere hereditatem, desiderante fideicommissario cogi a prætore etiam invitum adire hereditatem, & restituere. Hoc ita, nisi si qua sit ei iusta recusandi caussa. Huius generis caussas summas esse quatuor. Quænam hæ, & quid contineant.

Adeundi necessitas primum imposita S. C. Pegasiano, cuius omnem auctoritatem Iustinianus Trebelliano præstitit. I.

De hac necessitate tria cognoscenda, & quæ nam. II.

Ei, cui hereditas quocunque iure delata est, adeundi necessitatem imponi: sive magnæ sit vir auctoritatis a vili, ac turpi persona institutus, sive civitas, municipium, aliudve corpus publicum restituere iussum; ne Fisco quidem excepto. III. IV. V.

Extrinsecus quatuor sunt heredi iustæ caussæ ad recusandum adire, & quæ nam. VI.

Si non hereditas relicta per fideicommissum, sed res certa, aut quantitas, vel si res omnes, & singulæ hereditariæ; vel si res certæ regionis, præter quam si a milite, adeundi necessitas cessat. VII.

Ratio differentiæ. VIII.

Quid si legatarii, aut fideicommissarii velut obstringi æri alieno, eoque nomine indemnitatis cautionem afferant. IX.

Rogatus hereditatem Titii restituere, neque hanc, neque alteram testatoris cogitur adire; nisi ex illa testator antea institutus adierit. X.

Tria iure aditionem impediunt, at non pariter singula. XI.

Conditiones, quæ non sunt in potestate heredis semper impediunt prius quam impletæ sint. XII.

Sin in eius potestate: remittuntur si turpes; reliquæ ita implendæ, ut sine incommodo heredis res transigatur. XIII.

Etiam is, qui semel repudiavit, cogi potest adire, si nihil fideicommissario imputari possit quod repudiarit. XIV.

Quid de eo, cui cum esset bonorum possessio delata, passus est, diem bonorum possessionis agnoscendæ transire. XV.

Si neget heres, fideicommissum deberi, id ei prodesse ne adeat, si constet in præsentia non deberi. XVI.

Sin de eo sit controversia, interesse, utrum de viribus testamenti quæratur, an de viribus fideicommissi: illo casu non audiri heredem, nisi utriusque confessione constet, testamentum nullum esse; posteriore audiri, nisi cognitio prolixiorem tractatum habeat. XVII. XVIII.

Pendente conditione non cogitur heres adire, & restituere. Huic sententiæ nonnullæ leges conciliantur, contraria aliorum Interpretum reprobata. XIX. seqq.

Quid si iussus heres hereditatem in diem restituere. XXIII.

Non cogitur adire ubi fideicommissarii desiderantis id fieri, nihil intersit. XXIV.

Quid si fideicommissarius hereditatem obtinere possit alio iure, quam per restitutionem heredis. XXV.

Item non cogitur heres adire si ei ex aditione proventura sint incommoda. XXVI.

Horum incommodorum genera quatuor. XXVII.

Si quod incommodum personæ, sive quod damnum pecuniæ, lucrive cessantis, ærisve alieni heres metuat, non cogitur adire, nisi id omne avertat fideicommissarius. XXVIII. seqq.

Is, cui libertas pure, hereditas sub conditione per fideicommissum relicta est, pendente conditione cogi potest adire, sic tamen, ut si deinde conditio deficiat, libertatem retineat, aditio pro nulla habeatur. XXXII.

Quid si ab uno herede libertas, ab alio fideicommissum relictum; vel si hoc ab herede, libertas a legatario; vel si ab eodem utrunque, sed qui haberet coheredem, qui adiit. XXXIII.

Harum specierum exempla. XXXIV. seqq.

Heres per procuratorem absentis, fideicommissarii cogi potest adire; sed si deinde, non dum restituta hereditate procurator decesserit, perinde est ac si non adiisset. XXXVII.

Sententiæ de necessitate adeundi in herede restituere rogato conciliatur L. nec temere C. de iur. delib.

I. NE hæc quidem adhuc satis esse potuerunt, ut heres hereditatem adiret, ut volumus. Fieri enim potest, ut quodcumque lucrum proponatur ex aditione, tamen

tamen nolit adire: vel quia nolit gratum facere testatori, vel quia nocere velit fideicommissariis. Quocirca liberato iam ante per senatusconsultum Trebellianum herede omnibus hereditariis oneribus, si hereditatem ex fideicommisso restitueret: visum est ad extremum faciendum hoc quoque esse; ut, si superioribus rebus non adduceretur ad adeundam hereditatem, adeundi necessitas ei imponeretur. Quod & ipsum provisum primum est senatusconsulto Pegasiano in hanc sententiam, ut si fideicommissarius, cui restitui debuit hereditas, diceret, suo periculo adire, & restitui sibi velle: heres institutus cogeretur a prætore adire, & restituere hereditatem: ea lege, ut si fuerit factum, transeant quidem actiones ex Trebelliano; at quartæ commodo heres in restitutione non utatur. *§. sed si recusabat. Inst. de fid. her. L. 4. D. ad Treb.* A senatusconsulto quidem Pegasiano hoc ius inductum principio, ut indicarur in *d. §. sed si recusabat.* sed ut subiicitur in *§. sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* quia alia pleraque circa hanc restitutionem eo senatusconsulto inducta erant, quæ nec Iustiniano, nec antiquitati ipsi probarentur, placuit Iustiniano, Pegasiano exploso, omnem auctoritatem senatusconsulto Trebelliano præstare. Ex quo factum, ut deinceps in hac restitutione fideicommissaria cœperit unum Trebellianum nominari; & qui locus erat de fideicommissariis hereditatibus, is inscribatur ad senatusconsultum Trebellianum Digestis, & Codice. In Institutionibus autem in hoc argumento uterque titulus sit coniunctus in eamdem sententiam, hoc modo; *de fideicommissariis hereditatibus, & ad Senatusconsultum Trebellianum:* ut his verbis indicetur videlicet & res, de qua restituenda agitur, & ius de ea restitutione constitutum.

II. Hæc necessitas adeundi ita est imposita heredi, ut multæ sint in eo cautiones. Quarum summa ad tria hæc capita videtur referri, de quibus ordine cognoscendum sit. Primum, an sine exceptione heres cogendus sit hereditatem adire, & restituere, postulante fideicommissario. Alterum, si cogendus est, per quem cogi possit. Tertium; quibus remediis cogatur.

III. Cum quæritur, an sine exceptione cogendus sit heres hereditatem adire; nempe hoc quæritur, an nulla sit alicunde heredi recusandi caussa. Et sciamus a persona heredis ipsius instituti nullam esse. Quisquis est, ad quem pertinet hereditas, si rogatus est restituere hereditatem, adire cogitur, & restituere. Nihil hic refert, quo iure heres sit, ex testamento, an ab intestato; heres, an bonorum possessor; iure communi, an ex privilegio militum. In omnibus ex æquo senatusconsultum locum habet, ut extranei adire [1], sui se immiscere cogantur. *L. recusare 6. §. 1. L. 1. §. hoc senatusconsultum. D. ad Treb.*

IV. Nihil etiam ad rem facit dignitas, & auctoritas heredis instituti. Et qui magna præditus est dignitate, vel auctoritate, etiam a [2] vilissima, & turpi persona heres institutus, ut arenario, vel ea muliere, quæ corpore quæstum fecerit, hereditatem eius adire, & restituere cogitur. *L. 5. D. ad Treb.*

V. Ne illud quidem interest, quæ sit instituti amplitudo, utrum persona singu-

laris

1) Filiumfamilias tamen, & suum heredem a patre institutum, non cogi ut se immisceat hereditati, contendit A. Fab. 7. *Conj.* 7. *per L.* 27. §. 3. *h. t.* ubi ratio, quia etsi se non immiscuerit, tamen hereditas transferri potest. Servum autem heredem necessarium compelli se immiscere, ut deinde restituat, *L.* 6. §. 2. *h. t.* (in quo verba priora renicit Faber ad præcedentem §. & in verbis *hoc SC. locum habet*, novum inchoat) & sic differentiam hic esse inter filiumfamilias & servum. Male vulgo notari ad *d.* §. 2. filium cogi se immiscere. Cur enim Prætor ad immistionem compelleret, si perinde citra eam restitui potest. *d. L.* 27. §. 3. Cui bono immistio? Rationem Accursii: ne si postea probetur, filium emancipatum fuisse, tota restitutionis potestas pereat, frivolam esse; quia immo ipso restitutionis tempore quærendum, an suus heres sit fiduciarius, non post eam factam. Putare Accursium in fideicommissarii arbitrio esse, an velit filium cogi ad immistionem, ut in *d. L.* 6. §. 2. an non, ut *d. L.* 27. §. 3. Quasi vero, tegerit Faber, Prætor in *d.* §. 3. fideicommissarii voluntatem spectet, non iuris rationem. Videtur autem Fabro hæc ratio diversitatis: Filiumfamilias non cogi se immiscere *d.* §. 3. quia etiam abstinens heres manet, quod sufficit, ut actiones omnes ab eo in fideicommissarium transire possint. Servum autem cogi *d. L.* 6. §. 2. non quasi necessaria sit immistio, ad hoc ut actiones transferantur, sed quia nullo casu servis permissum, ut se abstinere possint, quod hoc modo contingeret. Ita Faber. *d. C.* 7. §. Sed refellitur ex *L.* 5. §. *ult. D. Quod cum eo qui in al. potest.* & ex ipsa *L.* 6. §. 2. *h. t.* ubi etsi prima verba cum Fabro fini præcedentis §. adicias, adhuc tamen obstant verba *cæteris necessariis*. Chiflet. *Lib.* 4. *de Iure fideicommiss. C.* 3. *Pag. m.* 1055. videtur dissensionem agnoscere, & Iuliani tempore *d. L.* 27. §. 3. nondum certi iuris fuisse necessitatem immistionis. Ulpiani autem *d. L.* 6. §. 2. & Pauli *d. L.* 5. §. *ult.* inolevisse usu iudiciorum, qui in *d. L.* 6. §. 2. notatur. Vix esse ut non videatur se immiscere suus eo ipso dum restituit, cum heredis sit fideicommissa a se relicta præstare. Quæ ratio non inepta videtur, & poterit forte dici Iulianum in *d.* §. 3. non desiderare aliam immistionem, cum hæc ipsa, quæ fit per restitutionem sufficiat.

2) Pater quoque a filio, quem in potestate habet, cogi potest, *L.* 16. §. 11. *h. t.* quem contra expressa verba Accursii accipit de emancipato. Non autem iure ordinariæ actionis, & litis iudicialis (quæ inter patrem, & filium non consistit) cogit, sed extraordinaria cognitione, & officio iudicis, cui sæpe locus est sine actione. At quomodo, dices, cum patri per filium acquiratur. Resp. Adire statim cogitur ne morte patris non adeuntis intercidat fideicommissum, sed restitutio differtur in tempus, quo filius sit sui iuris *L.* 19. *pr. h. t.* Quod nec alias rarum est: vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de I. fideic. C.* 1. *p.* 1042. Dominus autem a servo ut adeat, ac restituat, cogi nequit *L.* 16. §. 13. *h.* potest autem a servo, qui testatoris fuit. *d. L.* 16. §. *pen.* Pac. 6. Q. 54. nec correctione Fabri 18. *Conject.* 20. opus est.

laris rogata sit, an publicum aliquod corpus: ut civitas, municipium, collegium. Fiscus etiam, si bona vacantia ad eum redierint, obnoxius est fideicommissi restitutioni. *d. L. recusare. 6. §. si fisco. ad Treb.*

VI. At sunt extrinsecus heredi iustæ caussæ ad recusandum adire. Hæ partibus plures, generibus summis sunt quatuor: quarum una ducitur a re restitui iussa; secunda a iure heredis; tertia a iure fideicommissarii, dum ille aut sibi ius adeundi, aut fideicommissario ius petendi fideicommissi esse negat; quarta ab incommodo aditionis. Quæ singulæ quid valeant, quidve heredi ad recusandum tribuant, & quatenus, videamus.

VII. Prima ergo, ut dixi, recusandi caussa sumitur a re restitui iussa. Sic enim ius est de cogendo herede, & transferendis actionibus, ut non aliter huic iuri locus sit, quam si testator non de rebus singulis, aut certa quantitate, sed de hereditate sua universim restituenda aut tota, aut pro parte roget heredem. *L. ita. 27. §. Trebellianum. L. nam quod. 14. §. ult. D. ad Treb.* Non exigitur quidem, ut testator utatur hereditatis verbo. Quocunque modo significet se universitatem bonorum restitui velle, satis est: ut si roget heredem restituere bona sua, patrimonium, facultates, & si quæ sint verba huiusmodi, quibus homines ad bona sua significanda uti solent, ut pluribus declaratur in *d. L. nam quod. 14. §. ult.* & *L. seq. L. cogi. 16. eod.* At quibuscumque verbis id faciat testator, certe de universitate restituenda rogare eum oportet. Si de re, vel 3 quantitate heres fuerit rogatus, cogi non potest adire, & restituere. *dict. L. cogi §. 1.* Itaque si quis rogatus sit hereditatem restituere; cogitur adire hereditatem desiderante fideicommissario, ne intercidat fideicommissum. Idem si rogatus sit res omnes hereditarias singulas restituere. At si ab eo res omnes legatæ sint, desiderantibus fideicommissariis, aut legatariis, cogi non potest hereditatem adire, ut legata, aut fideicommissa præstet; quamvis alioqui futurum sit, ut, herede non adeunte, relicta intercidant, ut accidit, cum unus est heres institutus. Idem est, si quis heredem roget restituere hereditatem, bonaque, quæ sibi ab aliquo obvenerunt, vel quæ in aliqua regione habet: præter quam in militis testamento. *L. cogi. 16. §. sed etsi miles. ad Treb.*

VIII. Differentiæ ratio est, quod iussus restituere hereditatem, si adit, & restituit, id facit sine ullo incommodo suo: ut propter incommodi suspicionem non possit aditionem detrectare. Restituta enim hereditate, transeunt actiones omnes in fideicommissarium ex senatusconsulto. *L. 4. ad Treb.* Non item sine incommodo æris alieni adire potest, qui rogatus est restituere, aut præstare res singulas, quantumvis omnibus legatis, aut fideicommissis omnes præstiterit, ut nihil sibi in hereditate reliqui faceret. Omnibus solutis, nihilominus æri alieno obstrictus manet. Æs enim alienum heredes tenet. Non sequitur legatarios. *L. ult. C. de her. act. L. si hereditatem. D. man.* Bene autem in *L. non est cogendus, 53. D. ad Treb.* neminem cogi se obstringere hereditariis actionibus propter legatum. Apertius hoc idem sic explicatur in *d. L. nam quod, 14. §. ult. eod.* quod dicatur, æquum non esse ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat; ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur.

IX. Quid tamen, si legatarii, & fideicommissarii velint hereditatem adiri periculo suo, & se obstringi æri alieno? quid, si etiam in eam rem indemnitatis cautionem offerant? Placet ne sic quidem cogendum heredem adire. *d. L. nam quod §. ult. illic, quare si fideicommissum, ad Treb.* Merito; 4 nam ne hæc quidem pactio id efficit, ut transeant actiones. Pactio enim privata est, quæ interposita, valere potuit inter heredem, & legatarios; *L. epistola, §. pactum, D. de pact.* ius autem publicum mutare non potuit, id est, efficere, ut, translatis in legatarios actionibus, heres desineret teneri creditoribus. Quod ubi non fit, senatusconsulto locus non est. *d. L. nam quod, §. ult. in princ.*

X. Non est satis, testatorem fideicommittere hereditatem vel totam, vel pro parte, ut sit Trebelliano locus, & hinc cogatur heres hereditatem adire. Hoc amplius exigimus, ut roget hereditatem suam restitui. *L. ita, 27. §. Trebellianum, ad Treb.* Et ideo si testator iubeat heredem suum restituere hereditatem Titii, a quo heres

3) Hæc non videtur conveniens exceptio, cum regulæ non insit. Regula enim est, Fiduciarius rogatus restituere hereditatem, cogitur adire. Gravatus igitur rei particularis præstatione, satis verbis regulæ excluditur.

4) Vis huius rationis hæc: Quia adeundo se heres obstrinxit creditoribus, paciscendo cum legatariis obligatione non liberatur; quia uti paciscendo non potest obligatio tertio acquiri, ita multo minus tolli.

heres itidem institutus erat: fideicommissarius heredem cogere non potest ad alterutram hereditatem adeundam. Non testatoris; quia hæc relicta non est. Non Titii; quia in hac voluit quidem hereditatem restitui: sed non suam. Species *d. L. ita. §. Trebellianum, ad Treb.* Diversum est, si testator roget heredem, ut restituat quidem hereditatem Titii, sed ex qua ipse testator institutus fuerat, eamque adierat. Huius fideicommissi solius nomine cogi potest heres totam hereditatem testatoris adire. Scilicet, ut de parte hereditatis defuncti restituenda rogatus, non alterius; quia hæc ipsa Titiana testatoris esse cœperat, aditione eius illi quæsita. Hoc in [5] *L. cogi. 16. §. sed etsi quis, ad Treb.*

XI. Secunda recusandi caussa heredi ex suo ipsius iure nascitur, cum ita dicitur, non posse eum hereditatem iure communi adire, ut sibi acquirat. Non enim videtur, quod sibi adire non potuisset iure refragante, id alterius caussa adire posse, ut ei restituat. Quod tamen non est perpetuum; sed ut est caussa, quæ facultatem adeundi heredi adimit, ita est & recusandæ aditionis modus. Tria sunt, quæ iure communi aditionem impediunt: conditio, sub qua heres institutus est; eius repudiatio; & in bonorum possessione agnoscenda temporis ad eam rem præstituti lapsus. Hæ caussæ non pariter recusationem adeundi heredi tribuunt.

XII. Conditio semper tribuit prius, quam impleta sit. Si quis sub conditione institutus sit heres, pendente conditione, hereditatem adire cogi non potest. Quid dico autem, cogi non potest? Immo vero etiam si velit, nec adire potest, nec petenti restituere. Utrumque ideo, quia & ius vetat, & prohibet voluntas testatoris. Ius, quia ius non patitur hereditatem adiri, quæ delata non est. *L. si quis extraneus. 21. §. 1. D. de acq. her.* Pendente autem conditione non ita defertur, ut possit interim acquiri, aut repudiari. *L. is qui heres. 13. D. eod.* Voluntas testatoris, quia testator conditione institutioni adiecta, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, neque per hunc illi voluit restitui hereditatem: ut profecto non recte restituatur, quæ interim non ita restituitur, ut testator rogavit. *L. facta. 63. §. si sub conditione. in fin. L. 9. §. ult. L. 10. D. ad Treb.*

Et hoc est, quod dicitur in *d. L. 9. §. ultim.* heredem sub conditione scriptum pendente conditione nihil agere, tametsi paratus sit hereditatem restituere. Nihil agit pendente conditione, non tantum restituendo, quod non transfert; sed etiam adeundo, quod non acquirit, ut possit restituere. Ex quo intelligitur, quod dixi, nec invitum adire cogendum, quod, etiam si velit, sponte adire, & restituere non potest. Eamdem sententiam habet, quod dicitur in *L. si cui pure. 31. §. ultim. in fin. D. ad Treb.* conditiones, sub quibus heres institutus est, quæ non sunt in potestate eius, ad officium prætoris non pertinere. Non pertinet ad officium prætoris, ut vel eas remittat, quæ exspectandæ sunt; vel de his implendis statuat, quæ in potestate heredis non sunt; vel, ut his pendentibus, cogat heredem ad adeundam hereditatem, quam nondum delatam iure adire non potest. Peraguntur enim hæc officio prætoris. Totum autem id officium hic cessare dicitur. Et hoc citra controversiam ita est, si heres institutus sit sub conditione, quæ non sit in eius potestate.

XIII. Quid, si in eius potestate erit, ut possit implere natura, si velit? Veluti, Titius heres esto, si decem dederit; si Capitolium ascenderit; si monumentum, si insulam eo loco ædificaverit. Et placet quasdam ex his remitti heredi: quasdam non minus implendas, quam superiores. Utrumque hactenus, ut in eo & pareatur iuri publico, & voluntati testatoris; & tamen res cedat sine incommodo heredis. Id autem ita fit. Remittitur heredi omnis conditio, quæ & iure publico remittitur aliis sibi adeuntibus; nempe turpis, & quæ in hoc genere a prætore habetur conditio iurisiurandi. [6] *L. facta. 63. §. si sub conditione. §. si dandæ. D. ad Trebellian. L. quæ sub conditione. L. conditiones quæ. L. conditiones contra. D. de cond. inst.* Remitti placet, & si qua est conditio [7] nominis ferendi; id est, si heres nomen testatoris, aut alicuius alterius, quamvis honesti, sibi assumptum ferat. *d. L. facta. §. si vero. ad Trebellian.* Etsi enim in eo assumendo per se nihil est turpe, & heredibus sibi quæsituris hereditatem hæc conditio inter famosas, & turpes non remittitur: tamen ei qui aliena gratia hereditatem adit, permittendum est æsti-

5) Ubi Govean. 2. *Var. lect.* 2. negatione inserta legit, *non transire*, errore manifesto.

6) Ab initio, id est prius quam heres adimplere recuset. Absurde autem, Cuiac. 21. *Obs.* 39. pro *ab initio* in *d. §. 7.* legit *absurdum*, notatus tacite, ab Fab. 6. *Coniect.* 31. & Henr. *a Suerin. Repet. lect.* C. 8.

7) *L. 7. in fin. h. t.* vid. not. Goth. *in d. L. 63. §. 10.* Radulf. Fornet. 5. *Rer. quotid.* 17. Rob. 2. *Rec. lect.* 3. Menoch. *de Arbitr.* C. 318. *n.* 15.

æstimare, quid sibi honestum, aut turpe existimet ex hominum opinione. Certe plerique ita iudicant, eos, qui nullo lucro alienæ familiæ nomen assumunt, aut suæ familiæ, & gentilitii nominis puduisse; aut alienum nomen suæ gentis nomini prætulisse; quorum utrumque nonnulla macula sinistræ suspicionis non caret. Cæteræ non turpes conditiones sive in dando sint, sive in faciendo, in ea caussa sunt, ut priusquam heres hereditatem adire possit aut repudiare, eas impleri oporteat, quamvis in heredis arbitrium collatas. *L. is qui heres. D. de acquir. her.* Sed hoc in hac aditione, quæ ab invito exigitur alterius gratia, ita transigitur, ut fiat sine ullo incommodo heredis. Ideo si conditio in dando est, pecuniam heredi offerre debet fideicommissarius, ut heres conditionem impleat; sic deinde conditione impleta, hereditatem possit adire, & restituere. *dict. L. facta. 63. §. si dandæ. L. sed sciendum. 7. L. si cui pure. 31. §. ultim. D. ad Treb.* Quod si conditio in faciendo sit, eaque [8] difficilior, ut si quis institutus sit, si monumentum, aut insulam ædificarit: non exigitur ab herede, ut eam impleat invitus in gratiam alterius; quod iniquum est; sed illo recusante implere, fit [9] potestas fideicommissario idem faciendi. Quo facto placet, conditionem tam impletam videri, quam si heres ipse fecisset. *dict. L. si cui pure. 31. §. ult. D. ad Treb.*

XIV. Repudiatio hereditatis vel maxime iure communi facit, ut qui semel repudiavit hereditatem, eam amplius adire non possit. *L. sicut, C. de rep. her.* Sed hoc in herede rogato hereditatem restituere non placuit. Et qui repudiavit hereditatem, cogitur adire, & restituere, *L. nam quod, 14. in pr. D. ad Treb.* Idque Divi Pii rescripto cautum esse scriptum est in *L. 2. §. ult. D de suis & leg. her.* Ac potuit sine rescripto id intelligi. Quippe heredis repudiatio contra senatusconsultum facta in necem fideicommissarii, perinde haberi debuit, ac si non intervenisset. *arg. in L. non dubium. C. de legi.* Sed melius fuit rescripto apertius constitui, cum posset de eo dubitari propter ius repudiationis; qua secuta, placet, hereditatem amitti regulariter, ut amplius adiri non possit. *d. L. sicut. C. de rep. her.* Quod non idem placuit in eo, qui conditione impeditur, quominus adeat, vix quærendum videtur; est enim in promptu. Nulla namque culpa est heredis conditionis eventum exspectare volentis, quem cogitur, etiam si nolit, exspectare, iure id, & voluntate testatoris ita exigente. At culpa in eo manifesta, qui, quod sciat, se restituere iussum, ideo repudiat, ne possit adire, & restituere, cum fuerit in potestate eius non repudiare. Et ut forte fideicommissum a se relictum ignorarit: tamen quod repudiavit, factum eius est. Hoc illi nocere potuit; fideicommissario non potuit, certe non debuit: regula iuris ita dictante, quæ definit, factum cuique suum, non adversario nocere debere. *L. factum. D. de reg. iur.* Sic tamen scriptum est in *d. L. nam quod*, heredem & post hanc repudiationem adire posse, & cogi, si iustæ caussæ allegentur. Est autem omnis iusta caussa ad eum quamvis repudiata hereditate cogendum, si nihil sit, quod fideicommissario possit imputari, quod heres repudiavit. Quod si possit, contra. *arg. in L. facta, 63. §. pen. D. ad Treb.* Quid enim, si heres consentiente fideicommissario repudiavit? Quid, si heres, nondum adita hereditate, petiit a fideicommissario, num vellet sibi hereditatem adiri, & restitui; ille autem respondit, ut libet, nihil moror? In his recte dicemus, voluntatem fideicommissarii ei obesse debere.

XV. Repudianti similis est, si quis, cui bonorum possessio tantum deferebatur, cum rogatus esset hereditatem restituere, passus sit, diem bonorum possessionis agnoscendæ transire. Nam & hic voluntate sua id patitur, & passus, tempore excluditur non aliter, quam repudiatione. Ut iam non possit agnoscere bonorum possessionem quam prius. *L. 1. §. quibus. §. seq. D. de suc. ed.* Sed & hoc cessat in eo, qui rogatus est hereditatem restituere. Quem placet, desiderante fideicommissario, etiam post id tempus cogi posse agno-

8) Nam si facilis malitia est, heredem recusare id, ex quo nullum sibi damnum, alteri lucrum, A. Fab. 6. *Coniect.* 11.

9) Diss. A. Fab. *d. C.* 11. vers. *recusante autem herede, &c.* Triboniano adsignans, quem & stylum prodere scribit, & adversari iuris rationem (quæ perpetuo conditiones eo modo, quo testator iussit, adeoque in forma specifica, impleri exigat) ac *L.* 63. §. 7. *h. t.* ubi conditiones difficiles remitti dicuntur, quæ si a fideicommissario impleri possent, non remitterentur. Sed quod de stylo obiicitur levius est, nec quicquam hic illatinius. In *d.* §. 7. autem non remittuntur conditiones difficiles, sed turpes; alioqui sequentia verba non convenirent, sed imo repugnarent. Et quod conditio non possit per alium impleri; perpetuum est tunc cum heres sibi adit, ut perfecte capiat apud se mansurum. Ac certe minus repugnat testatoris menti, magisque ipsi satisfit; si fideicommissarius exsequatur voluntatem, quam si omnino negligatur, & conditio (verbi gratia, Si feceris monumentum) plane, ceu vult Faber, remittatur.

gnoscere bonorum possessionem, & hereditatem restituere. *d. L. facta. §. penult. ad Trebell.* Sed hoc non aliter, quam ex restitutione prætoris restituentis tempus bonorum possessionis admittendæ, idque ex caussa: nempe ita, si per hoc tempus is, cui restitui debebat hereditas, aliqua ex caussa non potuit adire prætorem, & postulare, ut petita bonorum possessione, restituatur sibi hereditas: ut est in *d. L. facta, §. pen.* Postulationem fideicommissarii hic potius exigimus intra tempus bonorum possessioni petendæ præstitutum, quam intra tempus, quod aditionem præcedit; quia scire potuit fideicommissarius, quando tempus bonorum possessionis exiturum esset: non etiam quando heres esset repudiaturus; quod totum est eius voluntatis. Unde in hoc nulla culpa est, qui repudiationem non anteverit, quam non potuit divinare. In illo culpa certa, qui potuit tempus prævenire, quod constitutum esse intelligebat.

XVI. Tertia recusandi caussa ducitur a persona fideicommissarii duobus modis: si vel dicatur ei fideicommissum non deberi: ut dicatur nihil eius interesse fideicommissum ei restitui. Iusta in primis defensio est ad fideicommissarium in hac postulatione removendum, si dicatur, fideicommissum non deberi. *L. ille. 13. §. 1. D. ad Trebell.* Sic enim vere dicetur, non desiderari hoc casu a fideicommissario, ut heres cogatur: cum non sit fideicommissarius, cui fideicommissum non debetur. Nunc autem placet quidem cogi heredem adire hereditatem, sed dumtaxat postulante fideicommissario. *L. 4. D. ad Treb.* Tum autem quomodo cogamus heredem adire hereditatem fideicommissi caussa, ubi fideicommissum nullum est? Placuit tamen ex hac caussa ita removeri fideicommissarium, si constet, in præsentia fideicommissum non deberi. [10] *L. ita 27. §. quoties. D. ad S. C. Trebell.*

XVII. Quod si de eo sit controversia, eoque & petat heres de eo prius cognosci: placet, eum interdum audiendum esse, interdum non audiendum. Interest enim, utrum ideo neget deberi, quod dicat, testamentum non valere; an vero ideo, quod de testamento confessus, dicat, non esse fideicommissum de hereditate restituenda, aut esse inutiliter relictum, aut ademptum postea; ut illic de testamento quæratur, hic de viribus fideicommissi, ut loquitur Ulpianus in *d. L. ille, 13. §. 1. ad Treb.* Si neget heres, testamentum valere: etsi vi ipsa maxime hoc dicit fideicommissum nullum esse, eoque nec deberi: tamen placet, omnimodo non audiendum, sed statim cogendum adire. *d. L. ille. §. 1.* Merito: sive enim testamentum valet, contra quam heres affirmat, ideo non est audiendus, quia falsum dicit. Sive vere testamentum nullum est; vel hoc ipso non est audiendus, quod hac professione declarat, nihil habere se, cur hereditatem ut suspectam metuat; cum hoc casu nulla eius aditio futura sit, eoque nulla, quæ illi noceat. Ius enim certum est, neminem adeundo, aut pro herede gerendo heredem fieri posse, nisi qui aut testamento institutus, aut ab intestato vocatus sit ad hereditatem. *§. item extraneus. Inst. de her. qual. & diffe.* Meminerimus semper dictum hoc esse in re controversa. Cæterum si etiam fideicommissarii confessione constet, testamentum aut ab initio nullum esse, aut postea rescissum, nulla ratio est cogendi heredis, ubi certum sit aut non esse fideicommissarium, aut non eum heredem, qui possit hereditatem obtinere. Idque responsum est in persona eius heredis instituti, adversus quem filius emancipatus præteritus iam acceperat bonorum possessionem, idque constabat; alioqui contra. *L. ita. 27. §. quoties. D. ad Treb.*

XVIII. Non idem probatum est per omnia, si heres ideo fideicommissariam hereditatem deberi neget, vel quod non sit fideicommissum de hereditate restituenda, vel quod inutiliter relictum sit, aut postea ademptum. Sane enim, si cognitio huius rei prolixiorem tractatum habeat, ut quia testamentum, vel codicilli, ex quibus debebatur fideicommissum, aut quibus ademptum dicebatur, e longinquo petendi sint, vel quia iusta deliberatio incidat de quantitate fideicommissi: scribit Ulpianus, etiam hoc casu non audiendum heredem, sed statim compellendum adire, si fideicommissarius id desideret: ne, inquit, prius heres decedens fideicommissarium decipiat. Sed hac conditione, inquam, si cognitio prolixiorem tractatum habeat. Alioqui non prætermittendam hanc quæstionem. Hoc ille in *d. L. ille. 13. §. 1. ad Trebel.* innuens, saltem hunc casum esse, in quo audiendus sit heres desiderans prius cognosci de viribus fideicommissi, quam adire cogatur, si probatio rei dubiæ procul petenda non sit, nec diffici-

10) Ubi voculam *non* transponunt, Cuiac. 3. *Obs.* 6. & Chiflet. *Li. 4. de iure fideicomm. C. in fine* legentes: *planeq; si compellendus adire, si non iam filius, &c.* Sed vulgatam lectionem adstruit Rob. 2. *Recept. lect.* 15. quem vide.

ficilem verborum explicationem habeat. Cur ergo non æque hic quoque cogitur statim adire heres, atque tunc, cum de testamento negat, quia de testamento negans, non habet, ut dixi, cur suspectam hereditatem metuat etiam in præsentia. De fideicommisso autem tantum laborans habet, quod metuat; quia manet obstrictus oneribus hereditariis, si postea paret non habere eum, cui hereditatem recte restituat. Quod metuenti iure parcitur. *L. nam quod.* 14. *§. ult. ad Treb.* Hactenus tamen, ne propter longiorem moram decipiatur fideicommissarius; quod paulo ante excepimus.

XIX. Quod denegatur fideicommissario in hac petitione, cum fideicommissum ei omnino non debetur, idest, cum non valet: hoc idem denegatur ei, cum valet, sed nondum debetur. Puta, si fideicommissum ei relictum sit sub conditione, & pendente conditione velit adiri hereditatem. Dicimus, interim non cogendum heredem adire, & restituere: quia nondum sit is, cui fideicommissum debeatur. Scio, aliter videri [11] vulgo interpretibus in *L. apud.* 11. *§. ult. D. ad Treb.* argumento eius loci. Sed verius puto, quod dixi. Probatur aperte in *d. L. ita.* 27. *§. a patre, eod.* ubi diserte negatur, heredem cogendum esse hereditatem adire, inter alia hac ratione, quia sub conditione fideicommissum datum erat, & pendente conditione, aditio desiderabatur. Proponitur quidem illis species, in qua non tantum fideicommissum relictum erat sub conditione; sed etiam heres ipse sub eadem conditione substitutus. Verum Iulianus hanc rationem posteriorem non attendit; sed illam, quod fideicommissum sub conditione datum erat.

XX. Sed & in *L.* 1. *§. sed & quoties. D. eod.* cum propositum esset, heredem rogatum restituere hereditatem duobus, alteri pure vel in diem, alteri sub conditione: illic traditur, senatum censuisse interim universam hereditatem restitui ei, cui pure, vel in diem relictum est. Cum hæc compulsio uni huic conceditur; nempe ei, cui sub conditione datum erat, adimi intelligitur. *arg. L. cum prætor. in pr. D. de iud.* alioqui quid opus erat senatum uni concedere, quod utrique pariter iure publico concederetur? Otiosum id quidem esset, & supervacuum senatusconsultum. Quod in re obscura admitti in legibus non oportet. *L.* 1. *in fi. D. ad munic.*

XXI. Movet alios in contrariam sententiam *L. apud* 11. *§. ult. D. ad Treb.* ubi proponitur, libertas ancillæ relicta pure, fideicommissum hereditatis sub conditione. Placet autem, pendente adhuc conditione fideicommissi cogi posse heredem adire hereditatem, & manumisse restituere. Sed non alius locus magis sententiam nostram adiuvat. Observetur enim non tantum in *d. L. apud.* 11. *§. ult.* sed multo dilucidius, & generalius in *L. si cui pure.* 31. *in pr. D. eod.* compulsionem istam heredis pendente conditione fideicommissi concedi tunc, cum alicui pure libertas, & per fideicommissum sub conditione hereditas relicta est. Sola quidem libertas alicui testamento data, ad cogendum institutum per se non sufficit. *L. si patroni.* 55. *§. qui fideicommissam, ver. nec ad rem pertinebit. D. eod.* At ambo coniuncta faciunt, ut cogi possit etiam pendente fideicommissi conditione. Non quidem semper; de quo mox plura in incommodis aditionis: attamen non aliter, quam si ambo hæc sint coniuncta; ut in eo non fideicommissi solum habeatur ratio, sed etiam libertatis. Ac libertatis quidem caussa ex parte hoc esse constitutum ex eo apparet, quod ibidem adiicitur: etsi postea deficiat fideicommissi conditio, libertatem tamen eripi non posse. Quod secus esset, si ea aditione fideicommisso tantum, non etiam libertati consultum esset. Demus ergo, libertatem cum fideicommisso conditionali datam non esse: dicemus ex superiore sententia, heredem pendente conditione fideicommissi non posse cogi hereditatem adire, & restituere; quia cesset ratio, & caussa constitutionis. *arg. L. quod dictum. D. de pact. L. de eo.* & *L. quid enim, seq. D. de ind.* Quod ni is sensus esset superioris definitionis

11) Ex A. Fab. 18. *Coni.* 8. *p.* 150. Frustra scribens, exspectari conditionem, cuius eventus, aut defectus nihil operaretur, *L.* 87. §. 3. *ad L. Falc.* Et si autem deficiat deinde conditio, non ideo tamen manere hereditatem apud institutum, qui coactus adut. Nec igitur incertitudo eventus conditionis restitutionem differre debet. Sane sententia hæc DD. benignior videtur, ac sustinendæ supremæ ordinationi, (ne interim moriente instituto, conditione postea exsistente, fideicommissum concidat) convenientior, nec minus iuri consona; maxime cum *L.* 13. *pr. h. t.* generaliter loquatur, nec per verba: *secundum ea, quæ ostendimus*, ad unicam speciem restringi debeat, cum per illa sese referat IC. ad modum, quo servatur indemnis fiduciarius. Quid quod etiam pater a filiofamilias cogi possit, ut statim adeat, vid. *supr. N.* 2. ubi tamen fideicommissum collatum est tacite in tempus, quo sui iuris redditur; & sic in diem incertum, qui conditionem efficit, vid. *infr Lib.* 8. *C.* 31. Nec quicquam probat nostri opinionem *d. L.* 27. §. 4. Nam ibi non cogitur adire hereditatem patris, aliam videlicet, quam restituere rogatus non erat. Nec obstat *d. L.* 1. §. 9. Ibi enim in concursu quasi duorum: unius, cui pure, vel in diem, & alterius, cui sub conditione res relicta est, merito ille, qui potentius ius habet præfertur, &c.

tionis in eo, cui libertas pure data, & hereditas sub conditione relicta est: quid opus erat ponere hanc speciem ad ius de hac re explicandum; cum posset aperte, & generaliter res definiri in omnibus, quibus fideicommissum relictum esset sub conditione? Est igitur in hac specie exceptio prioris sententiæ. Et quia exceptio eiusmodi est, ut confirmet regulam in omnibus fideicommissariis conditionalibus, quibus libertas non est adiuncta, ut de vi exceptionis significatur in *L. quæsitum*. *§. idem respondit domo instructa*. *D. de inst. leg.* Nam quod in *L. ille*. 13. *in pr. ad Treb.* ita scriptum est generaliter: illum, a quo sub conditione fideicommissum relictum est, caussari quid non posse, ne conditio deficiat, & hæreat actionibus: ad præcedentem speciem *L. apud*. 11. *§. ult.* de qua diximus, referri debet, ut sequentia hæc verba liquido probant; *cum nullum damnum sit futurum secundum ea, quæ ostendimus. Iam igitur non desideratur heredis præsentia.* Hæc vero erat quæstio, quæ in *d. §. ult, L. apud*. posita erat ab Ulpiano.

XXII. Obiiciet fortasse aliquis hæc verba Papiniani ex *L. si patroni*. 55. *§. qui fideicommissam*. illic, *sed nec illud*. *D. ad Trebell.* quod fortius probabitur, si post impletam conditionem coactus est heres adire. Nam si pendente conditione, durum erit idem probare; eum & Falcidiam pœnirendo potuit inducere. Sed loquitur Papinianus de conditione, sub qua heres institutus est, post quam impletam si coactus adiit, vere dicetur, eum destituisse supremus defuncti preces, & indignum esse, qui aliquid consequatur ex voluntate. At si ea pendente coactus est adire, puta iniuria prætoris, non idem dici potest; eum, etsi sponte per id tempus repudiasset; tamen conditione impleta posset ex pœnitentia volens adire, & restituere. Quo casu Falcidiam retineret: scilicet quia prior repudiatio nihil nocuit.

XXIII. Quid, si iussus sit heres hereditatem restituere in diem, veluti post quinquennium? An ante diem cogi potest adire, & restituere, ne, illo intra diem moriente, intercidat fideicommissum? Movet, quod in his, quæ debentur in diem, ante diem peti nihil potest. *L. cedere*. *D. de ver. sig.* Sed placuit hoc casu, etiam ante diem desiderante fideicommissario, cogi heredem adire hereditatem, & eam restituere: & quidem ita, ut iam inde transeant in fideicommissarium actiones ex Trebelliano. *L. 1. §. sed & quoties*. *L. cogi*. 16. *§. cum quidam*. *D. ad Treb.* Nec iniuria. Iam enim a principio certum est, fideicommissum debitum iri, si heres hereditatem adeat; quia certum sit, diem venturum. Ut non sine manifesta iniuria recuset heres ante diem adire, quo fiat, ut fideicommissum, quod, ipso adeunte, certo deberetur, ipso interim moriente, intercideret. Quod non item fit in conditionali fideicommisso, si pendente conditione recuset heres hereditatem adire, tametsi interim moriatur. Nam etsi adiret, nihil tamen inde deberetur certo, quia fieri posset, ut conditio deficeret. Nihil ad rem pertinet, quod etiam quæ sunt in diem certum, ante diem peti non possunt. Hic enim fideicommissum ipsum est in diem: quod & ipsum, si hereditas sponte adita esset, peti ab herede ante diem non posset. At non est in diem aditio: sed iure placuit hanc statim velut debitam repræsentari etiam ei, cui fideicommissum in diem esset relictum, ne fideicommissum intercideret iniuria heredis. Post ubi hereditatem coactus adiit, etiam ipsam cogitur simul restituere, & quidem ante diem. Sed ideo, quia declaravit se hanc retinere nolle, utpote quam periculo fideicommissarii adeat, quo ei statim restituat. *L. 4. D. ad Trebell.* Non est his contrarium, quod dicitur in *L. sed etsi ante*. 10. *D. ad Trebell.* etsi ante diem, vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferri actiones, quia non ita restituatur hereditas, ut testator rogavit. Iam enim dixi, diem hic accipiendum incertum. Primum quia diem hic conditioni similem facit Casus, quod in diem incertum solum cadit. *L. dies*; *D. de cond. & dem.* Deinde quia verum non est in die certo, eum qui ante diem quid restituit, non ita restituere, ut testator rogavit. Dies enim heredis caussa adiectus est. Cui liberum fuit renuntiare, ut voluit, nihil refragante voluntate testatoris. *L. pactum*. *D. de pact.*

XXIV. Altera defensio est heredi ex persona fideicommissarii, si dicatur, nihil eius interesse hereditatem ei restitui; ut cui ita detur petitio, si quid eius intersit. *L. recusare*. 6. *§. Titius*. *D. ad Treb.* Exceptio est generalis ad removendam omnem petitionem idonea, si dicatur, tua nihil interest. Quod enim dictum est de stipulationibus, pertinet ad omnem petitionem, quæ ex stipulatione, aut simili caussa nascitur, omnes inventas esse, ut quisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista*. *§. alteri*. *D. de verbor. oblig.* Et sane verum est illud Celsi ex manifesta ratione æquitatis ductum, ma-

litiis

litiis non esse indulgendum. Manifeste autem maliciosum est quid petere, quod petenti nihil prosit, noceat adversario; ubi denique id petas, unde nihil laturus sis, nisi ut officias. *L. in fundo. D. de rei vind.* Nihil interest fideicommissarii hereditatem ei restitui duobus modis, quibus itidem de caussis hic removetur: vel quia restituta hereditate nihil habiturus est; vel quia quod accipiet, non est mansurum. Nihil habiturus est, si iam bona a creditoribus vendita sint. Unde nec adire hoc casu heres cogitur. *L. nam quod.* 14. *ad Treb.* Non est mansurum, si idem rogatus est alteri hereditatem restituere. Ideo de hoc ita scribit Papinianus in *L. si patroni.* 55. §. *qui fideicommissam.* vers. *secundum quae. D. ad Trebellian.* cum ita duo sunt fideicommissarii, ut horum prior rogatus sit posteriori restituere, dicendum, priore tantum desiderante, non esse cogendum institutum adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum. Utique, si confestim, vel post tempus cum fructibus rogatus est reddere. Sed etsi rogatus sit reddere sine fructibus, negat, hanc quantitatem esse idoneam ad inferendam adeundi necessitatem. Adeo ipsum fideicommissum principale spectamus, quod mansurum non est; non autem accessionem. Addit tamen Papinianus ibidem in ver. *quid ergo.* hoc ita esse, nisi prior fideicommissarius rogatus sit non alii, sed ipsi heredi restituere. Tunc enim fideicommissarii prioris interesse: non tantum quia quarta hereditatis apud eum manere debeat, quam heres adire coactus non potuit retinere: sed etiam quia manere debeat totum fideicommissum. Indignum enim videri, ut, qui destituit supremas voluntatis preces nolens sponte adire, consequatur aliquid ex voluntate. Ex quo placuit, heredem non cogendum adire, ubi fideicommissarii desiderantis id fieri nihil interest.

XXV. Quaesitum est, an non nec tunc cogendus sit heres, cum fideicommissarius potuit hereditatem obtinere alio iure, quam per aditionem, & restitutionem heredis: puta si is, cui restitui debuit ex fideicommisso hereditas, idem sit heredi substitutus, aut idem heres legitimus; aut filius, qui praeteritus potuerit petere bonorum possessionem contra tabulas. Quibus omnibus casibus videri potest fideicommissarii nihil interesse, hereditatem ex fideicommissi caussa sibi restitui, quam potest per se, & suo iure aliunde obtinere. Et placuit in his omnibus nihilominus cogendum heredem hereditatem adire, & restituere. Substituto quidem, si substitutio sit onerata legatis, aut fideicommissis; caeteris autem duobus sine exceptione. *L. recusare.* 6. §. *Titius. L. ita.* 27. §. *qui rogatus. D. ad Treb.* Merito; quia substituti aperte interest id fieri, onerata substitutione. Caeterorum autem ideo, quia honestius est hereditatem retinere iudicio defuncti, quam sine iudicio; turpe etiam contra iudicium obtinere velle, quam possis, alia via aeque commode ex iudicio consequi.

XXVI. Quarta, & postrema ad recusandam aditionem caussa est heredi ex incommodo aditionis, si quod ille subire cogatur adeundo: & ea quidem caussa iustissima. Quodcumque enim est, quod alieni, non sui commodi caussa ab aliquo suscipitur, illud naturae praeceptum tenendum est, nulli in eo officium suum debere esse damnosum. *L. si servus.* §. *quod vero. D. de fur. L. sed si quis. D. test. quem ap.* Item illud, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri. *L. non debet alteri. D. de regul. iur.* Et servatur hoc ius in hac quoque compulsione; quo fit, ut nunquam cogatur heres hereditatem, quam deinde restituat, adire cum incommodo suo. *L.* 4. *L. nam quod.* 14. §. *ultim. D. ad Treb.* Ideo si quod incommodum metuitur ex aditione: aut id averti debet, a fideicommissario; aut si avertere non vult, vel non potest, heres adire hereditatem non cogitur. Quod ex eorum incommodorum generibus intelligetur.

XXVII. Quatuor autem fere genera sunt eorum incommodorum, quae ex aditione nasci possunt heredi: incommodum personae: damnum pecuniae praestandae: lucri delati cessatio; aeris alieni onus,

XXVIII. Interdum agitur incommodum personae; puta dignitatis, valetudinis, incolumitatis. Veluti si rogatus heres sit certo in loco hereditatem adire, & restituere, & eo ire non possit salva dignitate, valetudine, incolumitate, aut certe sine periculo. Hic remittetur necessitas adeundi, satisque esse debebit fideicommissario, si ubi est heres, ibi hereditatem se adire dicat, & restituere. *L. recusare.* 6. §. *ultim. L. sed sciendum.* 7. & *L. seq. D. ad Trebell.*

XXIX. Interdum agitur damnum pecuniae: ut, in eadem specie, si rogatus heres certo loco adire, eo venire possit sine incommodo personae: attamen sumptus ad iter illi faciendi sint. Item si institutus sit sub conditione, si decem daret; siquidem vult adire, necesse est illi imple-

implere conditionem. Eoque & decem darc. Placet igitur utrumque incommodum a fideicommissario præstandum: idest, pecuniam ab illo offerendam heredi, quæ sufficiat ad sumptus itineris, & ad conditionem implendam. *d. L. sed sciendum.* 7. *L. si cui pure*, 31. §. *ultim. L. facta.* 63. §. *si dandæ*, *ad Trebel.*

XXX. Interdum obiicitur damnum cessantis lucri, quod damnum alioqui hereditate non adita futurum esset. Ut in hac specie: Duobus heredibus institutis, uni legatum datum est sub conditione, si heres non esset, idem rogatus portionem suam hereditatis Titio restituere. Postulat ergo fideicommissarius, ut heres hereditatem adeat ex senatusconsulto, & restituat. Heres negat, se cogendum: quoniam non possit adeundo heres fieri, quin legatum amittat, quod datum erat hac conditione, si heres non esset. Cum incommodo autem suo adire cogi se debere negat. Quod & verum est. Ideo hic placuit, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum. Nec legatum eum a coherede petere posse, quasi non adisset. Adiit enim quamvis coactus; sed magis a fideicommissario ei præstandum. *L. apud.* 11. *in princ. ad Trebell.*

XXXI. Postremo nonnunquam metuitur onus æris alieni. Est enim interdum, cum heres adire non possit, quamvis restituat, quod iussus est, quin obstrictus maneat pro parte, aut etiam periculum sit, ne in totum obstringatur hereditati. Semper futurum est, ut obstrictus reliquatur pro parte, si nihil amplius restituit, quam quod iussus est; cum aut rogatus est hereditatis partem restituere; aut ita rogatus est restituere totam hereditatem, ut rogatus sit restituere duobus, quorum alter velit sibi restitui, alter recuset. Apparet enim, utroque casu restituta parte hereditatis, quæ petitur, semper alteram partem penes heredem mansuram, ex qua ille obstringatur. Num igitur non cogetur hereditatem adire propter hoc incommodum, & fideicommissum intercidet? Et futurum erat, nisi senatus in his casibus opem tulisset. Dici enim poterat, nec heredem hac lege adire cogendum, ut parte hereditatis oneraretur; nec rursum esse in potestate eius totam restituere uni, ut quidem ex Trebelliano transeant actiones, eum de parte solum restituenda sit rogatus: eo autem senatusconsulto non transeant actiones nisi ab eo herede, qui fidei suæ commissum, sicuti rogatus erat, restituerit. *L.* 1. *ad Treb.* Sed, ut dixi, senatus succurrit, censuitque si fideicommissarius desideraret, totam hereditatem periculo suo adiri, & sibi restitui, esse audiendum; & ne inutilis sit totius hereditatis restitutio, ubi pars tantum peti potuit ex fideicommisso: placuit, tota hereditate restituta, exonerari utroque casu heredem, totamque hereditatem transire ad eum, qui eogit, ut ei, & adversus eum actiones competant, quasi ex Trebelliano restituta hereditate. Hæc in *L. cogi.* 16. §. *si quis heres.* §. *cum quidam D. ad Treb.* Recte, quasi ex Trebelliano restituta hereditate. Nam re vera non erat restituta ex senatusconsulto, cum pars altera restituta esset, præterquam quod fidei heredis commissum erat.

XXXII. Totius autem æris alieni periculum imminet, quamvis restituta hereditate, cum fideicommissum hereditatis relictum est sub conditione, & pendente conditione desiderat heres, hereditatem adiri, & sibi restitui. Quid enim, si fideicommissi conditio deficiat postea? Futurum est, ut cum ex eventu apparuerit, nullum fuisse fideicommissum, eoque & nullam restitutionem, necesse sit, cumdem heredem manere, qui prius adierat. Quid ergo hic fiet? Et iam ante ostendi, propria ratione excludi hic fideicommissarium; quia scilicet peteret præpropere, cui nihil dum deberetur. Sed tamen hanc speciem excipi diximus: nisi si cui libertas pure relicta esset, & hereditas sub conditione. Qua in specie si cogitur heres pendente conditione adire hereditatem, & restituere: semper prius illud periculum manet, quod obiici heredi invito iniquum est. Potest enim conditio non existere, qua deficiente, non potest iure communi effugere, quin heres maneat, qui semel extitit. *L. ait.* §. *sed quod Papinianus. D. de mi.* Et hoc rursum ita esset futurum, eoque nec cogendus esset heres hoc casu hereditatem adire; nisi huic incommodo occursum esset constitutionibus. Prospectum est autem ita constitutione Divi Pii, ut, quo casu placet compelli heredem ad adeundum, si conditio deficiat, maneat quidem libertas, heredis autem aditio perinde habeatur, quasi non intervenisset, nec heres extitisset. *L. apud* 11. §. *ultim. ad Trebell.*

XXXIII. Neque tamen cum eidem libertas pure, & hereditas sub conditione per fideicommissum relicta est, statim placuit, desiderante fideicommissario pendente conditione cogi posse heredem hereditatem adire; sed tunc solum, cum ab uno utrumque relictum est, & is unus est heres.

heres. Sic enim & servus adita hereditate fit liber, eoque is, cui hereditas ex fideicommisso restitui possit; & interest eius hereditatem statim adiri; cum alius nemo sit, quo adeunte, testamentum confirmetur: fieri autem possit, ut hic moriatur pendente conditione. Quo moriente ante aditam hereditatem futurum est, ut libertas, & fideicommissum evanescat. Cæterum si aut a diversis libertas, & fideicommissum data sint; aut ab uno quidem, sed cum alius coheres esset institutus: cessat constitutio, nec cogi potest heres pendente conditione fideicommissi adire hereditatem. Priore quidem casu; quia hereditas adita non potest fideicommissario nondum manumisso restitui: unde eventurum sit, ut onus hereditatis penes heredem resideat; quod non est ferendum. Posteriore autem, quia non est necesse pendente conditione fideicommissi hereditatem adiri ab eo, a quo relictum est, ut fideicommissum confirmetur: ubi altero adeunte confirmetur testamentum, & una cum testamento spes fideicommissi.

XXXIV. Prior species est, cum servus duobus heredibus institutis ab altero libertatem, ab altero fideicommissum hereditatis accepit. Si neuter adire velit, negat Papinianus, ullas partes esse prætoris; quia neque is, a quo libertas relicta est, propter solam libertatem compellatur adire; neque is, a quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est, ut adeat, compellatur. *L. si res.* 52. *§.* 1. *ad Trebell.*

XXXV. Idem est eodem auctore, si cui libertas a legatario, hereditas ab herede relicta sit. *L. non est cogendus.* 53. *eod.*

XXXVI. Posterior species est, cum duobus heredibus institutis, ab uno libertas pure, & hereditas simul sub conditione relicta est, alter autem hereditatem adivit. Non debet, inquam, hoc casu conditione pendente cogi is adire, a quo fideicommissum relictum est, quæ sententia est *L. sed cum.* 12. *D. ad Trebell.* ut recte Accursius accepit. Et habet hanc rationem, quod hoc casu inutile sit fideicommissario ante conditionem cogi heredem: cum altero herede adeunte, iam inde in omnem eventum consultum sit fideicommissario. Nam, si impleta conditione vivet heres, a quo fideicommissum relictum est, cogi potest hereditatem adire, & restituere. Si pendente conditione moritur: tamen nihilominus, conditione postea impleta, fideicommissum debebitur. Deficientis enim heredis portio accrescit coheredi, qui suam portionem adivit, & accrescit cum eodem onere fideicommissi. *L. unica. §. his ita. C. de cad. tol.* Et quod adiicitur in *dict. L.* 12. *ad Trebell.* neque pupillum extra ordinem iuvandum, præsertim si novum beneficium cum iniuria alterius postularetur, hanc sententiam habet: etiam si esset pupillus, cui libertas pure, & hereditas sub conditione relicta est: tamen non esse eum propter ætatem iuvandum, ut, eo desiderante, is heres, a quo hæc duo simul relicta sunt, cogatur hereditatem pendente conditione adire, & pupillo restituere. Quia id novum beneficium esset, & postularetur cum iniuria heredis; qui regulariter pendente conditione fideicommissi facere, aut præstare quid invitus non debet. *L. legata.* 41. *D. de cond. & dem.* Ubi notandum est, pupillum a Papiniano abusive dictum esse de servo impubere, cum proprie usurpetur hoc verbum de liberis impuberibus, qui morte patris, vel emancipatione sui iuris esse cœperunt. *L. pupillus. D. de verborum signific.*

XXXVII. Eiusdem generis incommodum est, cum fideicommissario absente petit procurator eius ab herede, ut hereditatem adeat, & restituat. Fieri enim potest, ut restituta procuratori hereditate, priusquam is redierit, & restituerit hereditatem fideicommissario, decedat, atque ita nullo exsistente fideicommissario, relinquatur heres obstrictus actionibus hereditariis. Unde quæsitum, an procuratore prætorem adeunte cogendus sit heres adire hereditatem, & illi restituere. Quæstio *dict. L. apud.* 11. *§. utrum. ad Trebell.* quo loco Ulpianus disserit, recte per procuratorem hæc desiderari, & [12] impetrari debere. De incommodo æris alieni, & onerum hereditariorum respondet, hoc non esse metuendum heredi; quia si procurator nondum restituta hereditate decedat, perinde debeat haberi, ac si heres hereditatem non adiisset. Idque recte defendi ex sententia constitutionis D. Pii, de qua supra diximus. Quam ideo per huiusmodi occasionem refert, & speciem, ad quam constitutio accommodata erat, exponit. Ex qua tandem colligit, & in quæstione proposita idem admittendum. *Hoc in L. illc.* 13. *in pr. eod.* Si nulla ex his caussis suppetet heredi ad recusandam

12) Vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Iure fideicomm.* C. 2. & A. Fab. 18. *Coniect.* 7. ubi *d. L.* 11. *§. ul.* totam Tribonianno, quem miserum mire insectatur, tribuit.

dam aditionem: tum id ius manebit, quod supra posuimus, cogi eum desiderante fideicommissario hereditatem adire, & restituere. *d. L.* 4. *ad Treb.* Nec contrarium est, quod traditur in *L. nec emere. C. de iur. del.* neminem damnosam hereditatem adire compelli. Hoc enim dictum est de illis, qui sibi adeunt hereditatem, non autem de his qui adeunt, ut alii restituant, de quibus nunc agitur. Hi non adeunt damnosam sibi hereditatem, cum restituta hereditate nullum his damnum futurum sit translatis in fideicommissarium actionibus. *d. L.* 4. *ad Treb.*

CAP. XXIII.

Per quem cogi possit heres rogatus hereditatem adire: & quæ remedia ad cogendum.

Heres fiduciarius adire cogitur per Prætorem. I.
Prætoris *verbo quis intelligatur.* II.
Quid si fiduciarius heres sit ipse Prætor. III.
Ad postulationem huius aditionis datur actio ex S. C. extraordinaria, qua heres in iudicio conveniatur. IV.
Si non veniat, multa dicitur, pignora capiuntur, quæ sunt remedia Prætoris. V.
Quid si in contumacia persistat. VI.

I. Cum cogi poterit heres, ut adeat: restant posteriora duo, quæ proposuimus, ut videamus, per quem cogi possit, & quibus remediis. Cogitur heres per prætorem, ut est in *d. L.* 4. *ad Treb.* §. *sed si recusabat. Inst. eod.*

II. *Prætoris* [1] verbo intelligere debemus omnem, qui in aliqua civitate iuri dicundo præest, & summum imperium habet in iurisdictione: ita ut ab eo tantum provocatio sit ad principem, aut id consilium, seu magistratum, qui principis personam sustinet, ut colligere est ex *L. ille.* 13. §. *pen. ad Treb.*

III. Sic tamen cogi potest heres per prætorem, nisi sit ipse prætor institutus heres, & rogatus hereditatem restituere. Tum enim, ut ibidem differitur, cogi non potest neque ipse a se, neque ab alio magistratu. A se quidem nullo modo: cum non possit se cogere, nisi idem sit, qui cogat, & simul qui cogatur: quod natura non patitur. Cogit enim quisque volens: cogitur autem non nisi invitus. Quæ duo tam aperte contraria in eamdem personam eodem tempore concurrere non possunt. Sed nec cogi potest ab alio magistratu: quia cum eum magistratum posuerimus, qui, quod summum est in iurisdictione, habeat, non est alius magistratus, qui quidem principis vice non fungatur, nisi aut par, aut inferior. Par autem in parem imperium non habet: multo minus inferior in superiorem. *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *D. de recep. & qui arb. rec.* Plane si prætor institutus heres, & rogatus restituere, vocatus ad alium prætorem, aut inferiorem etiam magistratum; subiiciat se horum iurisdictioni, in consentientem cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habet, est iurisdictio. *L.* 1. *D. de iud.* Quibus autem casibus cogi non poterit prætor, implorandum erit auxilium principis *d. L. ille.* §. *pen. ad Treb.*

IV. Sed qua via tota hæc postulatio instituetur, & transigetur apud prætorem? Iudicio: unde & heres a quo desideratur apud prætorem, ut adeat, dicitur hac de re iudicium accipere cogi, in *L. si legatus.* 30. *ad Treb.* Ex quo intelligitur, prætorem in hac caussa iudicem esse: in eo iudicio disceptari eas caussas recusatæ aditionis, de quibus diximus, re autem cognita prætorem de re iudicare debere, idest, sententiam ferre, qua vel absolvat heredem ob aliquam ex suprascriptis caussis; vel condemnet, ut adeat, si nullam recusandi iustam caussam comperiet. Hoc enim continet iudicii, & rei iudicatæ verbum. *L.* 1. *D. de re iud.* Atqui nullum est iudi-

[1] Nam & Præses venit generali appellatione Prætoris *L.* 2. §. 2. *Quis ordo in bon. poss. serv. L.* 11. *de reb. eor. qui sub tut. vel cur.* *L.* 1. §. 2. *eod.* adde *not. supr. Lib.* 1. *Cap.* 8. *N.* 7. Olim autem non Prætor urbanus de fideicommissis ius dicebat, sed certus, & proprius, dictus Prætor fideicommissarius §. 1. *in fi. I. h. t. L.* 2. §. *capta* 32. *de O. I.* Ulpian. *in Frag. tit.* 25. §. 12. Cuius tamen iurisdictio, & cognitio intra certam summam consistebat, quam si excederet fideicommissum, Consulis erat cognitio. Quintil. 3. *C.* 8. Non debes, inquit, apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consulem. Maior enim prætoria cognitione summa est. Cuius rei vestigia in *L.* 29. *pr. de leg.* 2. *L.* 3. vers. *Divus Pius. &c. de alim. leg.* vid. Rævar. *ad L.* 33. *de R. I.* Chiflet. *Lib.* 1. *de Iure fideicomm. C.* 3.

iudicium privatum fine actione. Nam si recte definitur actio, ius persequendi iudicio, quod nobis debetur: *L. nihil. D. de obl. & act.* vis hæc est rectæ definitionis, ut vice versa omne ius persequendi iudicio, quod nobis debetur, sit actio. Quæ igitur ad postulationem huius aditionis actio esse potest cum herede, qui nihil fecit, quo esset fideicommissario obligatus? Est in hanc rem [2] extraordinaria persecutio fideicommissi, quæ commemoratur in *L. pecuniæ. §. actionis. D. de verb. sig.* Sic enim dicitur persecutio fideicommissi, non tantum quæ recta persequitur fideicommissi restitutionem solam; sed etiam id, ex quo illa restitutio nascitur, & sine quo restitutio esse non potest. Ea autem est hereditatis aditio, cum huius ipsius restitutione: Et quidem ad hanc aditionem præcipue est [3] extraordinaria persecutio. Nam præter cætera, quæ fiunt extra ordinem in omni persecutione fideicommissorum, hoc est proprie in hac specie, quod extra consuetum ordinem, & morem actionum in personam hic actio constituta videri potest sine obligatione; cum iure usitato, & communi nulla sit actio in personam, nisi adversus obligatum. *L. actionum. D. de obl. & act. §. 1. Inst. de act.* Est tamen & hæc persecutio quodammodo ex obligatione: senatusconsulto ex voluntate defuncti hanc necessitatem imponente heredi honesti officii caussa, ut rogatus hereditatem restituere, hanc adeat, & restituat, quando id fit sine ullo damno eius.

V. Quid, si iussus a prætore adire heres, imperio seu sententiæ prætoris non pareat? Sequitur tertium ex tribus propositis, ut cogatur a prætore. Quibus ergo remediis? Nam de hac parte nusquam quidquam traditum legimus neque sub *Tit. ad Trebellianum*, neque *Inst. de fid. her.* neque alibi. Cogetur vero heres iis remediis, quæ dicuntur remedia prætoris. Multam dicet, nisi heres adeat intra illum diem: tum pignora capiet, ubi non paruerit: quibus distractis pecunia efficiatur, quæ dicta est. Sunt hæc, inquam, quæ dicuntur remedia prætoris in *L. 1. §. ex hoc rescripto. D. de insp. ven.* Atque his uti prætorem in hac caussa ad cogendum heredem intelligi potest ex simillimo genere compulsionis, quod indicitur edicto prætoris de iis, qui arbitrium receperunt. Eo edicto cavet prætor, si quis arbitrium pecunia compromissa receperit, eum se sententiam dicere coacturum. *L. 3. §. 1. L. licet D. de rec. & qui arb. rec.* Quid ergo, si arbiter sententiam dicere iussus non dicat, aut eum latitaret, quæsitus non paruerit? Traditur in *L. non distinguemus. §. si arbiter, eo tit.* multam adversus eum dicendam esse. Sit ergo & in hac specie eadem ista ratio cogendi. Ratio plane tum necessaria, cum pendente conditione fideicommissi postulatur aditio, quod interdum fieri supra diximus: cum fideicommissi ipsius caussa nulla sit adhuc petitio.

VI. Quid tamen, si heres contumax nec metu multæ moveatur, ut hereditatem adeat? Puto, si præsens fideicommissum est, ita consulendum fideicommissario, ut actio in factum ei detur in heredem in id, quod sua interest, ne fideicommissarius damno afficiatur; neve imperium senatusconsulti, & decretum prætoris sit elusorium. Eiusque sententiæ ratio constat ex principiis iuris certi. Quotiescumque enim obligatus quis est in hoc, ut quid faciat: si non facit, obligatio, & actio, & condemnatio est in id quod interest. *L. si pœnam. L. stipulationes non dividuntur.* ver. *Celsus. D. de ver. obl. L. 1. in pr. D. de act. emt. L. si quis ab alio in f. D. de re iud.* At heres rogatus restituere hereditatem, obligatus est senatusconsulto, ut fideicommissario desiderante hereditatem adeat. Senatusconsulto enim imponitur ei necessitas adeundi; atque hæc necessitas nihil aliud est, nisi obligatio, cum ita definiatur obligatio, vinculum iuris, quo adstringitur quis necessitate alicuius rei præstandæ. *Inst. de obl. in pr.* Quo fit, ut si heres hac necessitate adstrictus iussus a prætore non adeat, sit actio fideicommissario in id, quod eius interest. Quapropter hanc quoque actionem prætor dabit fideicommissario, si is postulabit, id est ita agentem admittet, & heredem pergentem recusare in id, quod interest eius, condemnabit. Intelligimusque hanc ipsam actionem numerandam esse inter remedia prætoris, quibus cogatur heres hereditatem adire. Nam & per metum actionis in factum cogi quem a prætore, scriptum est in *L. quædam.*

2) Chiflet. *d. c.* 3. Non poterat, inquit, dari personalis actio ex testamento ante aditionem ad cogendum ut adeat, & restituat, cum non antea heres quasi contraxerit; post aditam vero hereditatem dabatur personalis actio *L. 52. de iudic. L. C. de mort. ca. don.* Ex P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 11. Coactionem fieri officio iudicis, si adire renuit fiduciarius, sin adiit, & restituere non vult actione directa, vel utili ex testamento.

3) Ulpian. *tit.* 25. §. 12. Fideicommissa non per formulam petuntur, &c. vid. Paul. 4. *Sent.* 1. §. 18. Chiflet. *d. Lib.* 1. *C.* 3. *&* C. 5. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 27. *Requisito* 28. *n.* 123.

dam. in pr. D. de ed. Et conſtat ex omnibus edictis, prætoris eſſe ut prætoris, actionem dare, ſeu admittere quem ad agendum: uti & illud prætoris in pœna irroganda, denegare alicui iuriſdictionem, cum res exigit. *L. ſed etſi §. ait D. ex quib. cauſ. mai.*

CAP. XXIV.

Reſtitutionem fideicommiſſariæ hereditatis tranſigi conſenſu mutuo reſtituentis heredis, & ſuſcipientis fideicommiſſarii; nec ſine conſenſu tranſigi. Hinc tractatum, quid iuris de hac reſtitutione, ſi iſtorum alteruter erit furioſus, infans, aut alioqui impubes. Traditionem hic non deſiderari: ſolum conſenſum ſufficere. Quibus rebus hic conſenſus declaretur.

Reſtitutio fideicommiſſi utriuſque factum, & voluntatem deſiderat heredis reſtituentis, & fideicommiſſarii accipientis. Quid ſi eo poſtulante, heres coactus adierit. I.
Si heres rogatus reſtituere ſit furioſus, *res per eius curatorem tranſigitur.* II.
Si infans, *per tutorem.* III.
Si pupillus, *ipſe reſtituere debet auctore tutore.* IV.
Adoleſcens pubes *recte reſtituit ſine curatore. Cur non item pupillus.* V.
Quid ſi hereditas reſtituenda furioſo. VI.
Quid ſi pupillo. VII.
Quid ſi infanti. VIII.
Reſtitutio fideicommiſſi ſit ſine traditione ſolo conſenſu. IX.
Declaratur is duobus modis. X.
Re. XI.
Verbis. XII.
Non intereſt, per quem, aut cui hereditas reſtituatur, dum conſenſu heredis, & fideicommiſſarii reſtituatur. XIII.
Conſenſus si non præceſſit, ratihabitione ſuppletur. XIV.
Idque etiam in ſervo, & filiofamilias. XV.
Ne horum quidem opera in hac re neceſſaria. XVI.

I. Cum ex his, quæ ſupra ſcripta ſunt, nihil erit, quod moram, aut dubitationem iniiciat fideicommiſſo, dum intelligitur, in re quid quantumve; in circumſtantiis præſtationis, cui, a quo, & quando præſtandum ſit: tum ſcilicet omni remora ſublata, recte pervenietur ad reſtitutionem, de qua cœpimus dicere, quærerurque quomodo ea tranſigatur. Et hoc primum de ea ſtatuendum, conſtare eam conſenſu, ut non prius reſtituta hereditas intelligatur, quam heres reſtitutam voluerit. Sed & ſuſceptio, quam in fideicommiſſario exigimus, ſine qua ne reſtitutio quidem eſt, eodem conſenſu peragitur. *L. reſtituta. 37. D. ad Treb.* Certe nulli invito fideicommiſſa hereditas acquiritur. Quod reſtituendi verbum ſatis indicat. Non enim reſtituitur quid, niſi ſit, qui accipiat; nec vero accipit quiſquam, niſi volens. Omninoque invito beneficium non datur. *L. invito. D. de reg. iur.* Quod tamen ſic accipiemus, niſi ſit, quod obiici poſſit fideicommiſſario, quo fiat, ne poſſit oblatam hereditatem recuſare. Quod accidit, si poſtulante eo heres coactus a prætore hereditatem adierit. Tum enim placet, ſi fideicommiſſarius nolit eam poſtea reſtituere, perinde in eum a prætore actiones dandas, ac ſi hereditatem recepiſſet. *L. ſi poſtulante. 67. D. ad Treb.* Scilicet quia fideicommiſſarius poſtulat ſuo periculo adiri, ut ſibi reſtituatur. *L. 4. ad Trebell.* Nemo autem poteſt voluntatem, aut conſilium mutare in alterius iniuriam. *L. nemo poteſt mutare. D. de reg. iur.* Idem probandum in herede fideicommiſſario prius, quam hereditas ei reſtitueretur, heres eius recuſet accipere. Cur enim, inquit Marcellus, recuſaret heres, quod recuſare non potuit is, cuius hereditatem ſuſcepit? Hoc ille in *L. poſtulante. in pr. 44. ad Treb.* quaſi diceret, heredem eodem iure cum defuncto uti debere, quod regula iuris traditur. *L. qui in ius. D. de reg. iur.*

II. Cum hic utriuſque conſenſum requiramus & heredis, & fideicommiſſarii; quid fiet, ſi alteruter non intelligat, quod agitur, ut conſentire omnino, aut certo conſentire non poſſit? Propone furioſum, infantem, impuberem eſſe. Et de herede rogato reſtituere, ſi in aliqua harum re-

rum

rum caussa sit, minus laboratur: cum restituta hereditate futurum sit, non ut obligetur, sed ut exoneretur, & quidem coactus iudicio testatoris. Et tamen in huius quoque persona esse aliquem oportet, qui consensu restituat. Quid ergo, si heres rogatus restituere, furiosus sit? Placet, rem per curatorem solum furiosi transigi posse, ut, is nomine furiosi bonorum possessione accepta, possit transferre actiones. *L. cum heres.* 35. *D. ad Treb. L. sancimus. in fi. C. eod.*

III. Idem constitutum in infante rogato, ut & [1] tutor huius solus possit restituere. *d. L. sancimus. in fi.*

IV. Pupillo autem, qui infantiam excesserit, rogato, placuit ipsum restituere debere: auctore quidem tutore; sed tamen ipsum debere: non posse autem tutorem sine pupillo. *L. restituta.* 37. *§.* 1. *ad Treb.* Nempe quia in hoc consensus aliquis esse potest, qui propterea merito expectetur, qui tamen ut in aliis negotiis confirmandus sit adhibita tutoris auctoritate, ut in re speciem alienationis habente. In furioso, & infante frustra expectetur consensus, qui in his natura nullus est. *L. in negotiis. D. de reg. iur. L. pupillus. D. de acq. her.*

V. Atque hæc ad translationem hereditatis ideo tantum requiri, quia superiores personæ consentire, ut oportet, non possint, ex eo licebit intelligere, quod si in aliquo herede rogato erit consensus, qualis est etiam in adolescentibus dum puberibus, placet, eum recte restituere hereditatem, ut quamvis propter ætatem curatorem habeat, non sit tamen necessaria ei auctoritas ad restitutionem. *L.* 1. *§. fuit. D. ad Treb.* Et recte: nihil enim hic [2] alienat suum re vera minor, aut ulla in re deteriorem conditionem suam facit, qui alienam hereditatem rogatus restituere, restituit, ut scripsi ad *L. puberes.* 101. in extremo. *D. de verb. obl.* Ne pupillus quidem aliud faceret restituendo hereditatem. Sed præterquam quod res hic geritur alienationi similis, etiam hoc accedit, quod deest pupillo consensus certus, sine quo non videtur restitui posse hereditas. Ideo quod hic consensui deest, visum est debere auctoritate tutoris suppleri. *d. L. pupillus, D. de acq. her,*

VI. Quid e converso, si hereditas iussa sit restitui furioso? Non potest omnino ei hereditas acquiri. Sed fiet in huius persona, quod de furioso herede instituto supra diximus, & quod de omni successione furioso delata generaliter constitutum est a Iustiniano in *L. ult. §. tali. C. de cur. fur.* ut hereditas, si curatori non damnosa visa est, tradatur curatori administranda ea lege, quæ illic præscribitur, ut si fideicommissarius ad se redierit, statuat de hereditate suscipienda, aut recusanda, ut videtur. Sin in eodem furore decesserit, hereditas maneat penes eos, penes quos mansura fuisset, si fideicommissum nihil obstitisset. Ius idem in fideicommissaria hereditatis restitutione nominatim confirmatum alia eiusdem principis constitutione, *L. sancimus. in pr. C. ad Treb.*

VII. Quid si pupillo restituenda sit hereditas? Ei qui infantiam excessisset, restitui posse semper constitit, dum id tutore auctore fieret. Cæterum & illud constat sine tutoris auctoritate restitui ei non posse. *L. restituta.* 37. *§.* 1. *D. ad Treb.* Quia etsi quivis consensus in pupillo ad acquirendam etiam sine tutoris auctoritate valet: hic tamen damnum metuitur propter onera hereditati adiuncta. Adversus quod periculum tutoris auctoritate prospicitur. *§. neque tamen. Inst. de auct. tut.* Quid, tutori intelligenti, & lucrosam esse hereditatem iudicanti, an non recte restituetur sine pupillo? Non potest. Pupilli actus, & voluntas est necessaria, ut & in hereditate adeunda. *L. sed nec.* 39. *D. ad Treb. L. potuit. C. de iur. del.* Primum quia res hic acquiritur consensu: acquiritur autem pupillo, non tutori. Deinde quia de obligando pupillo hic quoque agitur; quem invitum obligare iniquum est, quamdiu velle aliquid potest, & licet eius consensum adhibere. *arg. in L.* 6. *in pr. D. de acq. her.* Iustinianus tamen hic exceptionem addidit, nisi pupillus absit. Quo casu voluit & tutori soli recte restitui impuberis nomine hereditatem. *L. sancimus. in pr. C. ad Treb.*

VIII. Quid, si restituenda erit hereditas infanti? Laborabant in eo veteres. Nam neque absque facto eius putabant ei here-

1) Quod si tutori ipsi restituenda sit hereditas, nec eo auctore potest, *L.* 37. *§.* 1. *L.* 1. *§.* 13. ubi ratio *hoc tit.* vid. Donell. nostr. *ad L. pen. C. h. tit.* Chiflet. *Lib.* 4. *de iure fideic. C.* 1. ubi diversum putat obtinere in fideicommissis particularibus, quæ a simplici debito quoad hoc non distent. Tutori autem se auctore solvi potest, *L.* 9. *§.* 5. *de admin. tut.* Quia in hereditate restituenda maiori cautione opus est, utrum videlicet volens quis, an coactus adeat *L.* 45. *h. t.* Chiflet. *d. loc.* Vel quia pecunia solutio naturalis est, actiones autem solum ex animo consistunt, ideoque non nisi animo, & voluntate eius, in quo subsistunt, transferuntur, Donell. *ad d. L. pen. n.* 4.

2) Ita & Don. noster *ad. L.* 101. *de V. O. cir. fin.* per hoc non probari contendens minorem sine curatore se obligare, resve suas alienare posse.

hereditatem acquiri posse accedente etiam tutoris auctoritate, neque rursum satis idoneus videbatur infans, qui quidquam posset gerere. *L. in negotiis. D. de reg. iur.* Ex quo disputatio Mæciani in *L. servo. 65. §. si pupillo, ad Treb.* quærentis, quomodo acquisitio, & restitutio hereditatis in huius persona transigatur. Et tandem concludit, infantem heredem institutum saltem pro herede gerere posse tutore auctore. Eodem exemplo & ei tutore auctore restitui posse hereditatem. Sed animadversum est postea 3 nimiæ subtilitatis esse, ne dicam superstitiosæ, & prope ineptæ, exigere eius actum ad significationem alicuius voluntatis, qui quod ageretur, non intelligeret. Ideo visum est Theodosio primum, deinde Iustiniano remissa omni præsentia, & actu externo infantis concedere eius tutori admittere infantis nomine hereditatis restitutionem, eo usque ut & infanti hereditas acquiratur, *L. si infanti. C. de iur. del. d. L. sancimus. in pr. C. ad Treb.* Addidit Theodosius & per parentem infanti hereditatem quæri posse. *d. L. si infanti.*

IX. Ergo restitutionem hereditatis fideicommissariæ nisi consensu non peragi tenemus, in quibus modo sit hic consensus. Sed utrum peragitur consensu solo, an vero hic etiam amplius aliquid intervenire oportet? Videamus. Puta traditionem rerum, ut fit in petitione hereditatis, in qua possessor de hereditate victus cogitur res hereditarias, quarum nomine conveniebatur, restituere. Et meminerimus, hic agi de restitutione non corporum aut singularum rerum, sed hereditatis: hereditatem autem ius esse, id est, rem incorporalem in iure consistentem, quæ & sine ullo corpore iuris intellectum habet. *Instit. de reb. corp. & incor. L. hereditas. D. de her. pet.* Quo fit, ut talis hic restitutio intelligi debeat, qualis rei, quæ restituitur, potest convenire: nimirum incorporalis rei, & ipsa incorporalis restitutio. Et vero talis hic recepta est. Ideo placuit, ut sicut hereditas res est, quæ animo intelligitur, sic restituatur animo, & eo solo; ut quemadmodum non transigitur hæc restitutio nisi consensu heredis, & fideicommissarii, aut si qui sunt interdum, qui horum vicem supplent: sic consensu eorum interveniente, nihil desideretur amplius. Qui fit igitur, ut non sufficiat huiusmodi restitutio in hereditatis petitione, sed res ipsæ singulæ a possessore restituendæ sint? *L. licet. D. de her. pet.* Quia non id agit in hac petitione actor, ut heres fiat ista restitutione, cum potius ideo hereditatem petat, quia iam ante sit heres. Et si heres non esset, non tamen consequeretur hereditatem a possessore, quem negat esse heredem. Sed cum sit heres, vult obtinere res singulas, quæ ab alio possidentur. Quod cum non aliter consequatur, quam earum rerum restitutione, ideo de hac sola in petitione hereditatis agitur. Alia caussa est restitutionis fideicommissariæ, in qua id agitur, ut hereditas ipsa quæ fideicommissarii non est, in eum transferatur. Quam ad rem valet ea restitutio, quam dixi. Denique traditio ad eam restitutionem est inutilis. Nam hereditas ipsa tradi non potest. Est enim res incorporalis. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Incorporalia traditionem non recipiunt. *L. servus. §. incorporalis.* Res hereditariæ tradi possunt. Sed hæ non sunt hereditas. *d. tit. de reb. corp. & inc.* Nunc autem de hereditate restituenda agitur. Non de rebus hereditariis. Sic ergo recte, restituta hereditas intelligatur destinatione animi sola, cum heres hoc animo fuerit, ut restitutam vellet; fideicommissarius consentiens hoc eodem animo susceperit. *d. L. restituta. 37. ad Treb.* Qua ratione fit, ut quemadmodum hereditas, quæ animo acquiritur, contraria destinatione animi, id est repudiatione, amittitur: sic amittatur & fideicommissaria hereditas fideicommissario, simul atque recusaverit fideicommissum. *L. si patroni. 55. §. qui fideicommissam*

3 § Chiflet. *Lib. 4. de Iure fideic. C. 2. p. m.* 1047. non satis penticulate dixisse Mæcianum in *d. L. 65. §. 3.* infanti restitui posse tutore auctore, cum auctoritas tutoris infantis consensum, qui nullus est, uti & furiosi, supplere non possit. Inconcinnam ibidem haberi comparationem infantis, & muti, cum tamen mutus velle, & voluntatem suam exprimere nutu possit. Verum pro IC. responderi potest, eum non exigere actum aliquem infantis. Simpliciter enim, & satis clare dicit, *heredem compelli per tutorem adire, & restituere:* non vero *per pupillum, auctore tutore.* Quod autem ibidem habetur infantem, *tutore auctore pro herede gerere posse*, potius quam ut IC. insectemur, dicamus verba, *tutore auctore*, significare non consensus adhibitionem, & præstationem facto pupilli, sed ipsius tutoris gestionem, quando ipse auctor est alicuius rei, vel facti, ex quo animus agnoscendæ hereditatis nomine infantis appareat, & eo modo tunc dici pupillum *videri* (quod verbum probe notetur) pro herede gerere, quo & alias sæpe quod alius meo nomine, aut mandato facit, ipse fecisse videor. Atque ita nec ineptæ subtilitatis IC. arguere, cum Donello, nec inaccurationis, cum Chiffletio, necesse habebimus, nec etiam correctionem legis alicuius Pandectarum per legem Codicis, quæ anteriores Iustiniano Imperatore auctores habet, neque est una decisionum Codici emendato insertarum, agnoscere. Neque inconcinna est similitudo infantis, & muti illius scilicet muti *qui nihil intelligere potest*, ut loquitur Mæcianus, qui & audiendi sensu caret, quique iudicio carere dicitur *L. 12. §. 2. de iudic.* Neque etiam infans, licet furioso pluries adiungatur, eidem omnimodo exæquandus, sed cum furiosus nullum habeat, is non plenum animi affectum habere dicitur. *L. 3. C. de acq. poss.*

missam. vers. *quod si prior. ad Trebell.*

X. Si animus ad hanc [4] restitutionem satis est: necesse est in eo idem evenire, quod in cæteris, quæ animo, & consensu solo geruntur, ut quocumque modo hic animus declaratur, satis sit ad restitutionem. Declaratur autem, ut fit & in aliis caussis, tum re, tum verbis, eodem utrobique effectu.

XI. Re; si patiatur heres possideri a fideicommissario [5] res hereditarias, vel omnes, vel aliquas hac mente, ut vellet restituere, & ille suscipere. *d. L. restituta*. Quod velle uterque intelligitur in re dubia, si non probetur alterutrer putasse rem ex alia caussa possideri. Ut & ille in hereditate restituenda dolo carere, & hic suo potius iure re uti existimetur. *arg. in L. merito, D. pro soc.*

XII. Verbis; si dixit heres, se fideicommissario restituere hereditatem, ille significat se suscipere. *d. L. restituta*. Quæ verba utrum interponantur inter præsentes, an inter absentes per nuntium aut epistolam, ad consensum, & restitutionem nihil interest. *ead. L. restituta*. Ut accidit in omnibus iis quæ consensu inter aliquos geruntur. *§. 1. Instit. de ob. ex cons.*

XIII. Sed & per quem restituatur hereditas, aut cui, per heredemne, an per alium: fideicommissario ipsi, an alii cuilibet, ne hoc quidem quidquam interest: dum volente herede restituatur, & restituatur volente fideicommissario, *d. L. restituta, L. quamvis, 40. §. ultim.* & duabus seqq. *L. servo, 65. §. ult. D. ad Treb.*

XIV. In quo ad consensum, & voluntatem utriusque ne illud quidem interest, utrum iubentibus, & mandantibus his ab initio hæc fiant; an, cum facta sunt, restitutionem ratam habuerint. *d. L. restituta. 37. in fin. prin. L. si legatus. 30. §. si filiofamilias. eod.*

XV. Ideo utrum servus, vel filiusfamilias heredes instituti sint, an his per fideicommissum, relicta sit hereditas, hoc ad acquisitionem hereditas interest; quod hereditatem illi adire non possunt, nisi iussu domini, aut patris præeedente, quibus acquiritur: eamdem admittere ex fideicommisso restitutam possunt, ut si postea dominus, vel pater ratum habuerint, confirmetur restitutio. *L. servo. 65. in princ. ad Trebell.* Quod & in bonorum possessione bis delata servatur. *d. L. servo. L. 6. in princ. de acquir. her.*

XVI. Quinetiam ut intelligeremus acquisitionem hanc totam fideicommissariæ hereditatis constare consensu solo eorum, quibus ex ea caussa acquiritur; placuit, fideicommissariam hereditatem servo, aut filiofamilias restitui iussam hoc amplius admittere, quam bonorum etiam possessionem: quod in hac fideicommissaria acquirenda consensu, aut opera servi, vel filii opus non est; quæ alioqui in hereditate, & bonorum possessione per hos acquirenda necessaria est: sed postulante domino, aut patre, cui quidem acquiratur, recte cogi heredem adire hereditatem, & his ipsis restitutam transferri. *d. L. servo. in pr. ad Treb.*

CAP.

4) Chiflet. *Lib. 4. C. 3.* Restitutionem hanc, *aut naturalem* esse, quæ fit vel facto, vere restituendo, & tradendo, vel re, patiendo res hereditarias possideri, itemque postea ratum habendo, vel per nuncium, aut epistolam: *aut iuris*; cum Lex fingit, factam esse restitutionem, illiusque effectus tribuit, in tribus casibus, qui habentur in *L. pen. §. ult. C. hoc tit.* de quo vid. & Peregrin. *de Fideicom. Art. 2. n. 53. & seq.* Fab. 65. *Err. Prag.* 10.

5) Omnes vel aliquas ex iis *d. L. 37. pr.* Atque ita re una restituta, trahitur restitutio ad omnes cæteras; exemplum eorum, qui in una re pro herede gerentes, totam hereditatem, omnesque, quæ in ea res acquirunt, ut post Accurs. *in d. L. 37.* Chiflet. *d. Lib. 4. C. 3.*

CAP. XXV.

Restituta hereditate, quæ res, quæve commoda veniant in restitutionem. Et ex his duo genera commodorum exposita; Ea quæ defuncti olim fuerunt; Tum quæ post mortem eius hereditati non aditæ sunt quæsita.

Restitutione hereditatis transfertur hereditas, si post diem fideicommissi cedentem restituatur. Secus si ante diem, vel conditionem. Quid si ante diem certum. I.

Quid si ante conditionem adiectam heredis causa. II.

Restituta hereditate, heres re ipsa amplius heres non est; solus fideicommissarius & agere utiliter, & conveniri, ut heres, potest. III.

Duo in hac acquisitione dissimilia a superiori directa, & quæ uam. IV.

Non omnia, quæ iu defuncti bouis iam antea fuerunt, transire in fideicommissarium. V.

Excipiuntur primo ius personale defuncti, & res heredis a defuncto possessa. VI. VII.

Item quæ personæ heredis cohærent: quo in genere duo habentur. VIII.

Ius sepulchrorum. IX.

Stipulatio operarum a liberto. X.

Item alia duo ex indicio defuncti tacite excipiuntur. XI.

Dos filiæ heredis fiduciariæ. XII.

Interdum prælegatum coheredi rogato datum, & quando, quidve sic prælegatum. XIII.

Excipitur etiam quod fideicommissarius subtraxit. XIV.

Item quod heres ob restitutionem vel amiserit, vel impenderit de suo. XV.

Omnia, quæ hereditati nondum aditæ quæsita sunt, ad fideicommissarium transeunt, nisi, si quid subtrahendo, commodum hoc sibi adimat, aut hereditas propter impensas superiores diminutionem patiatur. ..*Explicatio* L. qui ita 66. §. si damnum D. ad Trebell. XVI. XVII.

I. Restitutio hereditatis quid transferat in fideicommissarium, quid apud heredem relinquat, in quo consistit effectus huius restitutionis & acquisitionis, videndum est. Et restitutione transferri hereditatem constat. Id & vis verbi indicat. §. *restituta. Inst. de fid. her.* Quod tamen sic accipiemus, si post diem fideicommissi cedentem restituatur, ideſt tum, cum aut præsens est fideicomissum, aut in diem certum. Cæterum si ante diem vel conditionem restituta sit hereditas, de eo scriptum est in *L. sed etsi.* 10. *D. ad Trebell.* ideo hic non transferri actiones, quia non ita restituatur hereditas, ut testator rogavit. Quod de die incerto accipiendum esse, iam supra aliquoties in hoc argumento docuimus; cum quando heres rogatus cogi posset hereditatem adire, quæreremus. Nam quæ relinquuntur in diem certum, etsi statim peti non possunt, tamen statim debentur; ut non venerit quidem eorum dies, at statim cesserit. *L. 5. D. quan. di. leg. ced.* Unde quod in diem debetur, etiam ante diem recte solvitur, nisi constet, diem adiectum esse creditoris causa. *L. quod certa. D. de sol. L.* 3. §. *cum Pollidius, D. de usur.* Neque hoc aliter servatur in legatis, & fideicommissis; in quibus constat & heredis, ideſt, debitoris caussa diem adiici, ne statim fideicommissum repræsentare cogatur. *L.* 1. *D. de cond. & dem.* Similiter ut fit in stipulationibus, & aliis contractibus. *L. eum. qui Calendis.* §. *ult. D. de verb. obl.* & recte: licet enim cuivis iuri pro se introducto renuntiare, etiam si ius ex voluntate testatoris pendeat. *L. pen. C. de pac. L. pactum. D. eod.* Restituetur ergo recte & ante diem certum fideicommissaria hereditas, & hac restituta, transibunt actiones.

II. Quinimmo & ante conditionem, si constet conditionem adiectam esse heredis caussa: veluti ut post mortem suam restituat. *L. post mortem. C. de fid. L. patrem. D. quæ in fran. cred.* Ac de eo genere non sentire Caium in *d. L.* 10. *ad Trebel.* ratio superior qua ille utitur, facile ostendit; quia, inquit, non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. De conditione quavis alia hoc recte dicitur, ubi ante conditionem restituitur hereditas, quia fieri potest, ut deficiat conditio; hac autem deficiente, est contra voluntatem defuncti quidquam resti-

tui. Recte item dicitur & die incerto, quia is conditionem facit. *L. dies. D. de cond. & dem.* At ante diem certum, aut incertum mortis heredis, qui fideicommissum restituit, is non modo nihil facit contra voluntatem defuncti, sed maxime voluntati eius satisfacit, ut est in *d. L. post mortem. C. de fid.* & hoc, quia, ut loquitur Papinianus in *d. L. patrem. D. quæ in frau. cred.* plenam fidem, ac debitam pietatem sequitur exhibitionis.

III. Ergo in tempore restituta hereditas, si summatim dicendum est, id transfert nunc, quod hereditate continetur. Proinde commoda omnia, & incommoda hereditaria. Id senatusconsulto Trebelliano comprehensum est his verbis: placere actiones, quæ in heredem, heredibusve dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent: sed his & in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset. *L. 1. D. ad Treb. §. restituta. Inst. de fid. her.* Itaque restituta hereditate, heres reipsa amplius heres non est; sed sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur: exceptione restitutæ hereditatis a debitoribus summoveri potest. Et adversus ereditores adiuvari. *L. ita. 27. §. qui ex senatusconsulto. D. ad Trebell.* Solus est fideicommissarius, qui, ut his actionibus agere, & conveniri potest, ita effectu quoque est heres. Tantum subtilitas iuris facit, ut heres etiam restituta hereditate heres permaneat, ut est in *d. §. restituta. de fid. her.* quia iure summo heres esse non desinit, qui semel [1] exstitit. *L. ait. §. sed quod Papinianus. D. de mi.* Unde & apud

1) Vid. *not. supr. h. Lib. Cap. 2. N. 22.* Quare & qui vere heres, si iudicio, iniuria iudicantis, vel probationum inopia, succubuit, licet heredis loco non habeatur ob auctoritatem rei iudicatæ, heres tamen manet, ut recte Rob. I. *Animad. 7. in Explicat. L. 29. §. 1. de statulib. & 1. notar. 7.* ubi Cuiacius dissentientis opinionem 1. notat. Mercat. 7. alienam a ratione civili, *L. 88. in fin. de her. inst. & simil.* & naturali, qua facta infecta reddi nequeunt, ostendit. Obi. Res iudicata est pars iuris civilis. Faciet igitur, ut heres eodem iure effectus, desinat. Resp. Rob. non sequi; Nam nec cui ut indigno iure civili res aufertur, heres esse definit, nec quem SC. hereditatem restituere iubet. Sententia non facit veritatem, sed habetur loco veritatis. Obi. Verus debitor a iudice absolutus, desinit debere iure civili. Resp. Rob. nuspiam tradi quod desinat, sed propter peremptoriam rei iudicatæ exceptionem pro eo haberi, qui debitor esse desierit. Melius dicetur, aliam omnino esse debitoris, aliam heredis rationem. Neque enim per obligationem quis novam, aut alterius personam induit. Neque sicut obligationis iam acquisitæ ipso iure tollendæ certi modi sunt constituti, ita & hereditatis. Reliqua quæ Cuiacius obiicit leviora, quæ probe expedit Rob. *d. loc.* Sed num hæc necessitas tanta, ut ne Lex ipsa contra ferri, aut disponere possit. Ita sane contendit A. Fab. 27. *Err. Pragmat. 3. & seqq.* ubi contra receptam omnino, ceu profitetur, sententiam leges, ac statuta heredem ex tempore, vel ad tempus facientia non valere asserit. Ex. gr. statutum excludens fæminas, quandiu, & quousque masculi supersint. Hoc Fabro videtur valere non posse, sed semel exclusas, semper ita exclusas esse, ac, nec remotis deinde masculis, admitti, ut nec lege contra caveri queat. Rationes, quibus DD. redarguit, speciem magis habent, quam pondus. Quas, ne prolixior sim, quam fert institutum meum, non recenseo. Videbo pauca quam recte Faber rationes DD. diluat. Ex quibus & rationes illius diluere promptum erit. Arguunt Bart. & DD. ita. Permittitur militi a lege ut heredem ad tempus faciat: vid. *Lib. 6. C. ult. N. 6.* Potest igitur & alius, caussa suadente. Respondet Faber 1. non a lege id permitti, sed ab Imperatoribus, qui, lege, ac populo superiores constituerunt, ne militum testamenta tenerentur lege. At, inquam, Imperator sic lege superior, ut eamdem, non maiorem, potestatem habeat, quam ante legem Regiam populus habuit, cui legem condendi ius fuit. Neque enim potentius ius esse potest successoris, quam auctoris, per vulgata. Unde in *§. 6. I. N. G. & C.* fertur Principis constitutio, *legis habere vigorem*, non vero plus valere, fortior esse lege. Legibus superior Princeps, quia non penitus ipse illis adstrictus, derogare, ac abrogare, ea caussa, potest. Sed nec populi in statu Reipublicæ democratico sequior conditio, si, ut par est, universum potius consideras, quam ex eo singulos, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 8. Nec aliquis putet, Fabrum hic intelligere populum Principi subditum, & solum legem municipalem. Non & eamdem vim veteribus Romanorum legibus denegat. Altera est responsio Fabri etsi DD. largiretur lege id militi permitti, non tamen inde sequi, quod ipsa Lex sic possit heredem facere ad tempus. At, inquam, quod Lex permittere potest, ac efficere mediante homine, quidni & sola, per *L. 130. de V. S.* Pergit Faber: Privilegium hoc habent milites, ut testari quomodo libet possint, non vero ab intestato. Nec igitur miles, etsi velit habere heredem ab intestato temporarium poterit. Hanc ego subtilitatem non percipio. Nam si velit miles habere heredem ad tempus, eo ipso non erit intestatus, sed testatus: Quia quivis militis voluntas testamentum est, modo liqueat: Immo etsi nec liqueat, tamen non tam ius deficit quam probatio. Quod si miles sic dixerit *Volo te* Seium (qui legitimus heres non futurus) *heredem mihi ab intestato usque ad* 10. *annos*; dispositio si non valebit, in caussa erunt non verba, *usque ad 10. annos*, sed quia via probe de mente constitutus videbitur, sibimet adversantia eloquutus. Quamvis igitur privilegium superius, & similia pertineant ad caussam testati, tamen non minus, immo plus permittendum legi in successione intestati, quæ illius solius beneficio habetur. Notum enim est eius, qui dat beneficium, esse quoque modum statuere beneficio *L. 2. §. 3. D. de precar. & simil.* Unde apparet, ad rem non facere quod hereditas semel quæsita patrimonium fit heredis, ipsique adimi nequeat. Nam, præterquam quod Lex magis rerum nostrarum domina quam nos ipsi, hic non simpliciter detulit Lex totam hereditatem masculis, ut apud illos, ac quosvis successores esset irrevocabiliter. Sic donatum simpliciter repeti nequit, donatum mortis caussa potest, quia sub ea conditione datur. Neque est hic quod queratur masculus, cum Lex potuerit, & convenientius iuri naturæ, partem fœminis debitam ab initio plane non desgere. Obiicit Faber, Iustinianum hoc ipsum innuere fœminas aut perpetuo admittendas, aut perpetuo excludendas. Olim enim exstantibus masculis a successione plane arcebantur, propter familiarum favorem, hodie omnino admittuntur *L. 4. C. de lib. præt.* Si potuisset salvo iure fieri, utique Iustinianus ita constituisset, medio invento, ut per masculos quidem excludantur, iis tamen deinde remotis admittantur. Atqui sic non constituit Imperator, quia scilicet nec fieri id potuit. Arguta mehercle Iustinianeæ mentis post tot sæcula conjectatio. Ex verbis sane sanctionis *d. L. 44. maxime ibi. Qui enim talee differ. inducunt. q. nauta accu atores exsistunt &c.* colligere est Imperatorem voluisse omnimodam utriusque sexus liberorum æqualitatem inducere. Cui, si ad favorem familiarum respicere voluisset, expeditæ superfuerunt aliæ viæ, masculorum conditionem potiorem efficiendi: vocando eas ad maiorem hereditatis partem, fœminas concurrentes ad minorem. Immo cur non medium istud invenit, quod mox Faber subiicit, legalis fideicommissi. Nisi forte ea sagacitas non fuit Triboniano, obesæ scilicet naris homini, maloque (quo elogio a Fabro passim honoratur) interpreti. Sed expendamus istud. Concedit Faber *pag. 64.* statutum condi posse, quo idem in effectu disponatur, si cogantur satisdare masculi de restituendis portionibus hereditariis fœminis, earumve heredibus, si ipsos omnes defice-

apud eum, qui hereditatem restituit, etiam tum [2] directæ actiones manent, quæ sunt ex verbis legis, & iuris veteris. *L. si heres. 70. ad Treb.* Sed hoc ad titulum solum, & nomen heredis, quatenus transfertur hereditas, referendum est. Ius ipsum hereditatis in fideicommissarium transfertur, & quidem cum effectu, ut dixi. Ex quo effectu est, quod Marcellus scribit in *L. postulante. 44. §. 1. D. eod.* quodammodo in partem hereditatis recipi fideicommissarium, & [3] haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta est hereditas, idem dicitur in *d. §. restituta. de fid. her.*

IV. Et si quidem ita esset hic effectus per omnia, nihil ut interesset, utrum alicui quæsita esset directo heredis, an ex fideicommisso restituta: poteramus his paucis, quæ de effectu huius acquisitionis summatim diximus hoc loco esse contenti. Satis enim supra diximus, quæsita hereditate, quæ huius commoda, & incommoda sint, quæ heredem sequantur: unde facile sumi posset, quod in eadem acquisitione ad fideicommissarium transferretur. Sed inter acquisitionem directæ, & fideicommissariæ hereditatis, inter heredem qui iure directo heres est, & inter fideicommissarium heredem multum interest. Quæ dissimilitudo proprium tractatum etiam in hac parte desiderabat. Sunt autem dissimilia duo, ius successionis, & quantitas. Nam si cui directo hereditas delata est, aut bonorum possessio nihil est in iure hereditario, id est, in commodis, & incommodis hereditariis, quod non transeat ad heredem. *L. heres in omne. D. de acq. her. L. 1. 2. 3. D. de bo. pos.* Sed & quanta hereditas delata est heredi, tanta ei aditione, & agnitione bonorum acquiritur. Utrumque dissimile in fideicommissaria hereditate restituta. Nam neque omnia quamvis hereditaria a defuncto transeunt in fideicommissarium; neque quæ transeunt, transeunt solida, sed ut plurimum quarta parte iure Falcidiæ imminuta. Quamobrem res postulat, ut duo hæc, quibus constat hæc acquisitio, separatim cognoscamus: primum quæ res hic transferantur in fideicommissarium: deinde ex his rebus quantum.

deficere contingat. Ut ita res ad illas perveniat quasi ex statutario fideicommisso. At, inquam, nonne hoc magis a iuris ratione abhorret ut quis a lege per fideicommissum accipiat. Nulli antea iuris interpretes opinor (de iuris auctoribus certus sum) vel fando usurpatum, vel in mentem venit statutarium fideicommissum. Pergit Faber: Miles, Seio ad biennium herede scripto, deinde eo elapso, Titio, videtur decessisse cum duobus testamentis, uti potest *L. 19. de test. mil.* Et cum simpliciter scripsit Seium ad biennium, ut postea ad legitimos pertineat, non potest esse una numero hereditas, quæ specie diversa est, in Seio testamentaria, in aliis legitima. Sed nunquid opus est de hoc anxii simus. Fingas vel centum hereditates esse diversas, semper tamen verum heredem qui fuit, esse desinere; neque hoc in quæstione est, an in eadem hereditate alius alii succedat, ut eadem numero maneat. Quacunque igitur ratione in milite istud statuatur, extra caussam militiæ consimile quid induci poterit, ob non quidem eamdem, sed in suo genere æque fortem caussam. Ubi enim utilitas poscit, fictio induci potest. Potest miles, ait Faber, decedere cum duabus hereditatibus, sed utraque testamentaria; vel altera testamentaria, altera legitima. Non vero potest (quod in illo statuto fieret) utraque legitima. Sed quare non potest. Puto, quia sic Lex non disposuit, quod nulla caussa id suaderet. Nullus favor militiæ exigit, dare militi intestato plures heredes successive, cum eo ipso quod intestatus decedit, ostendat sua bona se ad proximos pervenire, & permanere velle. *L. 1. §. 6. de iag.* 3. At Fabro hæc ratio videtur. Quia non magis id fieri possit, quam ut aliquis his moriatur. Quæ consequentia? Sic certe non magis fieri posset, ut duplex sit testamentaria hereditas, quandoquidem nec ex testamento viventi succeditur. Atque his satis asserta ratio DD. contra innovationem Fabri. Nituntur iidem & casibus illis iure scripto proditis, quibus qui heres fuit, esse desinit. Cuiusmodi tres agnoscit ipse Faber *d. 27. Err. Pr. 2.* 1. Quando heres post aditionem servus fit. *L. 43. §. ult. de vulg.* 2. Querela inofficiosi rescisso testamento. 3. Quando heres intra annum præcepto testatoris non paruit. *Nov. 1. C. 1. §. 1.* Sed hanc constitutionem Faber *pag.* 68. absurdam, & ineptam vocat. Et in eo casu, inquit, non Lex facit, ut heres desinat, sed Princeps lege superior. Hoc cuiusmodi sit supra expendi. Illud non refello, vid. *L. 3. C. de Crim. sacrileg.* In prioribus duobus casibus vult Faber, non esse potestatem legis, sed impotentiam. Non desineret, ait, heres in primo casu, si esset in potestate legis, ut servus sit heres. At non est. Involvit hoc contradictionem, quia heres nemo nisi civis: Civis nemo nisi liber. Quam proba ratiocinatio, principium petens. Non potest, nec per legis potestatem, servus fieri heres, quia nec per eamdem potest alius quam civis. Immo non Lex olim effecit, ut servo publico, parte dimidia testamentum faciendi ius esset, Ulpian. *tit. 20. §. ult.* atque ita magis ex testamento hereditatem capiendi, cum facilior sit testamenti factio passiva, quam activa. An non deportatus, per legis potestatem, militi heres fieri potest, *L. 13. § 2. de test. mil.* An non Latini Iuniani, qui etsi liberi, non tamen cives, ante legem Iuniam, hereditatem capere potuerunt? Ulpian. *tit. 22. §. 3.* In secundo casu itidem impotentiam caussatur Faber, quia non sit in potestate legis facere, ut, rupto, rescissoque testamento, & sic viribus eius collapsis, hereditas quæsita retineatur. Respon. Esto. At unde illa ruptio, & rescissio? Nonne ex potestate legis? Cui si necessario consequens hereditatis quæsitæ amissio, utique cui licet antecedens (ut vulgo) ei & consequens, *L. 2. de Iurisd. & simil.* Sicuti & contra cui consequens non licet, ei nec illud, per quod ad id pervenitur. Quod si itaque legi non erit potestas adimendi hereditatem quæsitam, nec erit rescindendi testamentum, unde illa amissio sequitur. Hoc autem falsum fateatur Faber necesse est. Ergo & illud.

2) Quæ sunt veluti simulacra quædam, & cicatrices efficacium actionum. Nomine tenus enim tantum manent, ideoque obligatio inanis dicitur quæ restituta hereditate heredi vel in eum competit *L. 95. §. 1. de solut.* Transeunt autem in fideicommissarium actiones utiles *L. 18. §. ult. ad L. Falc.* sive civiles sint, sive prætoriæ, sive in rem, sive in personam, sive principales, sive accessoriæ *L. 21. pr. de fideiuss.* vid. Chiflet. *Lib. 4. de Iure fideicomm. C. 6.* Vasq. *Lib. 2. de Success. resolut. §. 11. n. 22.* A. Fab. 27. *de Error. Pragm. 5. & 6.* Quisquis heres est necessario habere actiones directas. Errareque Bartolum qui hoc casu duos in solidum heredes esse, iure civili diversis respectibus, putat. Uti enim domini directi, & utilis, ita etiam directi, & utilis heredis distinctio commentitia.

3) Heredis vice fungitur *L. 68. §.* effectu quodammodo heres *L. 5. §. 1. Quod cum eo qui in al. potest.* Hinc legatorum nomine cavet ut heres *L. 1. §. 7. ut leg. nom. cau.* in edicto de bonis libertorum heredis loco est *L. 4. §. ult. de bon. libert.* Familiæ erciscundæ iudicium ei datur *L. 24. Fam. ercisc.* Plures tamen differentiæ sunt illius a vero herede, quas persequitur Chiflet. *Lib. 2. de Iur. fideicomm. C. 3.* quem & vide *Lib. 4. C. 5.* ac Forst. 1. *de success. C. 43.*

V. Dixi supra restitutione hereditatis hereditatem in fideicommissarium transferri. Videndum quid insit in hac restitutione, & num omnia etiam hereditaria contineantur. Et quoniam constat hereditas commodis, & incommodis, quæ supra exposui: de eo ex his generibus, eorumque partibus statuetur. Ac de commodis primum videamus. Commoda hereditaria iam ante dixi esse triplicia. Quædam iam olim fuisse defuncti; quædam post mortem eius hereditati non aditæ quæsita; quædam nata, & percepta ex hereditate, bonisve defuncti post aditam hereditatem. Si dixerimus in singulis, quid ex his fiat fideicommissarii, quidve in restitutionem veniat: in universum de commodis fideicommissariæ hereditatis, & quid hinc transferatur in fideicommissarium, dixerimus. Hæc igitur singulatim ordine persequamur. Ac de primo genere sit sane hæc definitio ex *L. facta. 63. in pr. D. ad Treb.* Quæ res, quæ iura, quæ actiones, exceptionesve in bonis defuncti fuerunt, cum moreretur, omnia, facta in fideicommissarium restitutione, statim in [4] bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi neque rerum possessionem adhuc sit nactus, neque mandatæ sint ei actiones. Excipiemus primum, quod commune sit cum vero herede, si quid non transit ad heredem, eoque non sit hereditarium. Quod eiusmodi est, aperte in fideicommissum non cadit: sive quod non potest restituere heres, quod ad eum non pervenit: sive quod fideicommisso hereditatis restituendæ nihil continetur, nisi quod est hereditatis. *L. in fideicommissariam. 18. §. 1. D. eod.*

VI. Huius generis sunt duo: ius personale defuncti; & res aliena a defuncto iuste possessa, quæ fuit heredis. Iura personalia, id est, personæ defuncti cohærentia iam ante dixi ad heredem non transire. *L. non solum. §. tale. D. de lib. leg. L. quia tale. D. sol. mat.* Quod si ita est, non possunt dici hereditaria, in quæ heres, aut hereditas non succedit: cum hereditas nihil aliud sit, quam successio in ius defuncti: *L. hereditas. D. de reg. iur.* Neque alia fit successio heredis. *L. heres in omne. D. de acq. her.* Ita hæc aperte ad fideicommissæ hereditatis restitutionem non pertinent.

VII. Res aliena, si a defuncto bona fide possessa sit, & iusta ex caussa, puta legati: fuit illa quidem in bonis defuncti: *L. bonorum. D. de verb. sign.* si tamen defunctus instituerit heredem eum, qui rei dominus erat, & rogaverit eum, ut hereditatem Titio restituat: non veniet ea res in fideicommissi restitutionem. Quia, inquit Papinianus, ea res ad heredem, eundemque rei dominum non pervenit, ac nec pervenire poterat: *L. si res aliena. 52. in pr. D. ad Treb.* Id est, quia ea res non est facta hereditaria. Nam cum heres succedat in ius universum defuncti, ut hereditas, *d. L. heres in omne. D. de acq. her. d. L. hereditas. de reg. iur.* non potest esse hereditarium id, in quod heres non succedit, &, ut nunc loquimur, quod ad heredem non pervenit. Eiusmodi autem est res, quæ proponitur. Nam quæ heredis prius erat, amplius eius fieri non potuit. *§. sic itaque Inst. de act.* Id est, non potuit ad eum pervenire: si quidem pervenire id dicitur, quod ita nostrum fit, ut sit mansurum. *L. aliud est capere. D. de verb. sig.*

VIII. Sed etsi quæ defuncti fuerant, facta sint hereditaria, dum in ea heres succedit: non tamen omnia, quæ hereditate restitui iussa continentur, veniunt in fideicommissi restitutionem. Excipiuntur etiam in his genera quatuor. Nam quædam personæ heredis cohærent; alia excipiuntur iudicio testatoris; nonnulla culpa fideicommissarii postea amittuntur; quædam cum maxime sint hereditaria, nec

postea

4) An & in dominio? Vasq. *Lib. 2. de Success. resolut. §. 91. n. 16.* respectu Universitatis non transire dominium directum, sed transire tamen respectu singularium rerum, sub hereditate contentarum. A. Fab. 7. *Coniect. 4. & 5. Iurispr. 2. Princ. 7. illat. 1.* vult, dominium bonitarium tantum acquiri, non autem civile, & Quiritarium, per *d. L. 63. pr. h. t. ibi in bonis fiunt*, & per *L. 3. Si usufruct. pet. ibi possess. duntaxat non etiam dominium*. Et iustum dominium non transferri, Govean. *ad Rub. D. de Vulg. n. 5.* quia ius Civile non agnoscat fideicommissa *§. 9. I. h. t. §. 2. I. de codicill.* Verumtamen verum dominium acquiri verius puto, per *L. 42. de Usur.* ubi simpliciter dicitur acquisitum dominium, neque id interpretari convenit, cum Fabro, de dominio bonitario. Et in verbis SCti *L. 1. §. 2. h. t.* dicitur, ius, fructusque transferri. Nec sequitur, fiunt res restitutæ in bonis *d. L. 63. pr.* Ergo non in dominio. Fateor equidem nec sequi necessario. Sunt in bonis: Ergo & in dominio; cum in bonis esse latius pateat; sed hoc dico, licet non argumentari conveniat a positione generis ad speciem, peiorem tamen illationem esse a positione generis ad remotionem speciei. Ex. gr. Animal est. Ergo Homo non est. Nec obstat *d. L. 3 Si usufr. pet.* Nam loquitur de fideicommisso rei alienæ. Gifan. *ad L. 10. de acq. poss. n. 25.* & de traditione ususfructus ex caussa fideicommissi a non domino traditi bonæ fidei possessori, qui tamdiu habet possessionem, donec longo tempore cœperit. Quod probe probat Chiflet. *Lib. 1. de Iure fideicom. C. 5. 1.* per verba; tanto tempore, quanto si legitime eius factus esset, quæ usucapionem respiciunt. 2. quia Iulianum lib. 7. Digest. egisse de Usucapione, & bonæ fidei possessore, liquet ex *L. 25. de Usuc. L. 32. de S. V. P. L. 7. in f. de Publ. act.* 3. Quia absurdum esset a non domino traditam rem ex caussa fideicommissi proficere ad usucapionem. *L. 13. §. 10. in fin. de acq. poss.* a domino autem vero traditam non transferre dominium: Et non male, Gœd. *ad L. 24. de V. S. n. 16.* non ipso iure fieri dominum per successionem, sed per restitutionem: non tam iuris, quod defuncti fuerit, quam heredis fiduciarii, cuius semel esse cœpit.

postea amissa sint, iustis de caussis deminutionem patiuntur. Primum quæcumque personæ heredis cohærent, ea ad fideicommissarium transire non possunt. Quæ res facit, ut quamvis restituta hereditate, apud heredem maneant. In hoc genere duo habentur: 5 iura sepulchrorum, & stipulatio operarum liberti filio patroni herede instituto.

IX. Iura sepulchrorum, ait Paulus, restituta hereditate apud heredem remanent. *L. quia*. 42. *§.* 1. *D. ad Treb.* Nempe ideo, quia personæ heredis cohærent. Sunt quidem hereditaria, quæ quis sibi, heredibusque suis constituit. *L. familiaria*. *D. de rel.* Licetque heredibus, cæterisque successoribus, qualescumque fuerint, in his sepeliri, ut est in *L. vel quod. seq. D. de rel.* Sed hoc sic intelligendum est, si unius generis sint, non duorum generum successores; ut fit cum unus est institutus, & alter, cui ab instituto restituta est ex fideicommisso hereditas. Ambos in iure sepulchri heredes haberi ius non patitur; eum uni duo pro solido heredes esse non possint. *L. quod contra*. *§.* 1. *D. de reg. iur.* Quod si ex his sumi oportet unum, ad quem ut ad heredem ius sepulchri pertineat: non potuit initio sumi alius, quam is, qui primo heres extitit, quem ideo exsistere oportuit, ut esset, qui hereditatem restitueret. In huius porro persona semel constitutum ius sepulchri, ita personæ eius cohæret, ut ad alios non transeat: ut fit in omni obligatione in facto personæ consistente, id est in eo, ut alicui quid facere liceat. *§. sed cum factum. Instit. de stip. ser.*

X. Stipulatio operarum, qua stipulatus est patronus a liberto operas, transit ad heredes non quoslibet, sed ad liberos patroni. *L. cum patronus*. *§.* 1. *L. si operarum*. *D. de op. lib.* Ex quo responsum Papiniani, si patroni filius extraneo restituerit ex Trebelliano hereditatem, operarum actionem non transferri; ac quæ transferri non potest, apud heredem manere. *L. si patroni*. 55. *in princip. D. ad Trebell.* Recte utrumque. Non enim potest transferri in fideicommissarium extraneum ea actio, quæ liberis solum competit, & quæ semel iure cœpit competere filio, necesse est apud eum perpetuo manere, nisi ab eo recesserit.

XI. Secundo loco esse diximus quædam, quæ iudicio defuncti tacite ex fideicommisso excipiantur. Quæ ita exempta sunt, certum est in fideicommissum non venire; quoniam in omnibus quidem testamenti partibus, maxime tamen in fideicommissis voluntas defuncti spectatur. *L.* 12. *in fi. L. pen. D. de leg.* 1. *L. cum proponebatur*. *D. de lega.* 2. In hoc numero duo sunt: dos filiæ rogatæ restituere hereditatem, & interdum prælegatum coheredi rogato datum.

XII. Filia herede a patre instituta, & rogata restituere hereditatem, placet, id, quod in dote fuisset, non contineri in parte hereditatis, quæ restituenda est: quamvis filia rogata sit solum post mortem suam restituere hereditatem, & quidem hac conditione, si moreretur sine liberis, & rogata sit restituere fratri suo. *L. a filia*. 62. *in princ. D. ad Treb.* Quod sic accipimus, ut dos non contineatur fideicommisso, quamvis proponas, dotem a patre profectam, & eam ex stipulatione dotis ad patrem redire debuisse, si viveret; ut dici potuerit, dotem in bonis patris fuisse. Quinimmo etsi filia rogata hereditatem Titio restituere, si sine liberis decessisset, dotem ultro sumpserit ex pecunia hereditaria, quam marito daret: placuit, dotem decedere, ac si quod superfuisset, rogata esset restituere: *L. mulier*. 22. *§. penult. D. ad Trebell.* Ut sic heredes defunctæ & quartam habere debeant, & nihilominus dotem retineant. *L. cum heres*. 51. *D. eod.* Hoc tamen ita, dum tantos fructus ex hereditate mulier non perceperit, ut inde potuerit doti satisfieri. Quo casu visum est potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso. Hoc Ulpianus his ipsis verbis in *d. L. mulier*. *§. pen. ad Treb.* quo significat, fructus perceptos cum dote pari pecunia compensandos. Nam fructus ab herede percepti non veniunt illi quidem in restitutionem fideicommissariam: *L. in fideicommissariam*.

ad

5) Quæ & comparantur iuribus libertorum in *L.* 11. *de Carbon. ed.* Et ita P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 18. quomodo & vulgo statuunt, teste Chiflet. *Lib.* 4. *de iure fidei. C.* 6. *pag.* 1066. qui tamen contendit hæc iura & manere apud fiduciarium *d. L.* 42. *§.* 1. & transire etiam, ac communicari cum fideicommissario, sive hereditarium sit sepulchrum, sive familiare, per *d. L.* 6. *pr. de relig.* Cui accedo, quia solutio nostri ad *d. L.* 7. non adeo conveniens, & quia etiam cui bona addicta sunt, iura sepulcrorum habet *L.* 4. 21. *de fideicom. libert.* Nec dubitari potest si concurrant aliqui iure civili, alii prætorio succedentes, quin utrisque ea iura communia sint *d. §.* 21. & tamen cum adsunt duorum generum successores. Nec naturæ huius iuris adversum est inter plures communicari, cum & exheredatis una cum heredibus competant *d. L.* 6. *pr.* Atque hinc refert Chiflet. *d. loc.* ius patronatus ecclesiasticum etiam communicari, cuius eadem sit ratio, quod & tradit, aliis relatis, Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 6. *n.* 37. & Fachin. 10. *Controv.* 94. *ac.* 13. *Controv.* 64. *& C.* 90. Vide de iis, quæ in restitutionem fideicommissi non veniant, P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 16. *& seqq.*

ad Treb. sed prosunt fideicommissario ad compensationem mutuæ quantitatis, quam heres de fideicommisso retinere potuit. *d. L. in fideicommissariam. in pr. ad Treb. L. cum pater. §. Titio. D. de leg.* 2. *L. quod bonis. §. quod avus. D. ad leg. Falc.* Unde ergo dotis huius, aut superioris exceptio, cum appareat, illam hereditariam factam esse, hanc ab initio fuisse ex hereditate? Ex coniectura voluntatis paternæ. Quia, inquit Ulpianus, dotem fideicommisso detrahi patris voto congruit. *d. L. mulier. §. pen.* Votum hoc est parentum, & naturalis charitas erga filias, ut velint eas dotatas esse, & quod dotis habere cœperint, id eas tanquam proprium patrimonium habere. Unde utrumque iure constitutum, ut & pro ea caritate cogantur parentes eas dotare. *L. capite.* alias *L. qui liberos. D. de rit. nup.* & dos data habeatur proprium patrimonium filiæ, etiam quæ sit in potestate. *L.* 3. *§. ergo. D. de mi.*

XIII. [6] Prælegatum interdum in restitutionem fideicommissi venit, interdum non venit, ne pro ea quidem parte, quæ in eo legato est hereditaria. Prælegatum vocamus id genus legati, cum pluribus heredibus institutis, uni res aliqua hereditaria legatur, ut fundus. *L. Titia.* & passim. *D. ad Leg. Falcid.* Sic dictum, quod cui ita legatur, rem legatam capit ante omnia, seu præ cæteris in divisione hereditatis. Unde idem dicitur *præceptio*, ut *in L.* 3. *§. penult. Digest. ad Trebell.* In hoc legato duæ sunt partes: quarum una est hereditaria, altera non hereditaria. Hereditaria est, quam heres capit iure hereditario: id est, pro ea parte, ex qua heres est; habiturus eam etsi de re tota nihil illi legatum esset. Quæ ideo ei a semetipso relinqui dicitur. Altera est ei non hereditaria: quippe quam, si nihil amplius esset, quam pro parte heres, non haberet; est enim coheredis. Nunc ideo fit eius, cui legata est, quia legata est ei a coherede; quam ideo a coherede accipere dicitur, & accipere iure legati. *L. in fideicommissariam.* 18. *§. ult. ad Trebell.* Quæritur ergo, si is heres, cui ex pluribus fundus prælegatus erat, rogatus sit portionem restituere alteri, an & prælegatum in fideicommissum ex voluntate defuncti veniat, an contra non veniat. Et de eo ex verbis testatoris varie respondetur; sic tamen, ut aliquando placeat in totum non venire, ne pro ea quidem parte, quæ hereditaria est, quæ exceptio est, quæ ad hunc locum proprie pertinet. Quia tamen, quod alibi traditur, id prælegatum in fideicommissum cadere, alias totum, alias pro parte, utrumque videri potest superiori sententiæ adversari: pertinet omnino ad unius partis huius distinctionis cognitionem simul responderi de omnibus, ut ex dissimilitudine partium animadverti possit, nihil in hac varietate esse contrarium. Refert igitur plurimum, quibus verbis testator roget hunc coheredem portionem restituere: utrum his, ut roget eum restituere simpliciter portionem, an vero ut roget portionem hereditariam. Herede portionem suam restituere rogato, placet præceptiones quoque fideicommisso contineri: quia verum sit, quæ coheredi prælegata sunt, ea quoque in portionem eius cecidisse, id est, esse ex portione eius, quam a testatore in rebus hereditariis acceperat. *L.* 3. *§. pen. D. ad Trebell.* Quod si rogatus sit heres portionem hereditariam restituere: hic primum convenit, nunquam contineri fideicommisso eam partem prælegati, quæ a coherede recipitur; hæc enim ex legato est, non ex portione rogati hereditaria. *d. L. in fideicommissariam* 18. *§. ult. ad Treb.* Altera cum sit ex portione hereditaria: verbis fideicommissi efficitur, ut ea saltem in fideicommissum venire debeat. Et venire scriptum est *in d. L. in fideicommissariam. in fi.* Negatur in *L. Titia. D. ad L. Falcid.* Sed recte utrumque pro ea varietate scripti, quam in utroque loco animadvertere licebit. Unde & hæc [7] distinctio sumitur: ut si quidem prius legatum

6) At in substitutionem vulgarem non veniunt prælegata, *L. Sextiam*, 32. *de leg.* 3. *L.* 75. §. 1. *de leg.* 2. Quæ ratio differentiæ? Quia qui vulgarem substitutum habet, ei liberum, hereditate omissa, legata agnoscere. Et si ante legatum acquisitum moriatur, actionem ad heredes integram transmittit *L.* 5. *Quando di. leg.* licet ius hereditatis non item, vid. *supr. T.* 4. Quare substitutus vulgaris habere nequit, quod penes institutum, eiusve heredes manet. Heres autem fiduciarius a substituto precario potest ad adeundum cogi. Ita Vaud. 1. *Q.* 8.

7) Distinctio hæc Accursii est, *ad L.* 3. §. 4. *h. t.* quia si post fideicommissum dedit testator prælegata, de iis, quæ nec dum dedit, cum fideicommitteret, sensisse non potest: ac probant P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 16. Pac. 6. *Q.* 50. A. Fab. 6. *Conject.* 4. Et est hæc communis opinio, ut tamen id procedat si indefinite oneratus sit. Nam si universaliter: *Quicquid ad te pervenerit restituas*, etiam prælegatum post gravamen relictum contineri vulgo sentiunt, ceu refert Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 26. *n.* 19. Contra tamen alii referente eodem, quia indefinita æquipollet universali, & parum refert, an dixerit testator quod pervenerit, an quicquid pervenerit. Atque hoc proximus esse disponentis voluntati dicit Vasq. *d. n.* 19. lo. Vaud. 1. *Q.* 8. distinctionem hanc reiicit, quia, inquit, in testamentis scripturæ ordo non attenditur. Puta igitur & præceptiones cedere restitutioni fideicommissi, quia quæcunque a se ipso capit, ea in restitutionem veniunt *L.* 18. *ult. h.* Ad *L.* 86. *ad L. Falc.* Resp. Vaud. non hanc rationem decidendi ibi esse, quia prius fideicommisit testator, quam prælegavit, sed quia nominatim cavit, restitui

gatum sit heredi, deinde rogatus is sit portionem hereditatis restituere; quod ei a semetipso relictum est, in fideicommissum cadat: quæ species est *d. L. in fideicommissariam.* §. *ult.* sin e converso prius rogatus sit heres hereditatem restituere, deinde sit ei prælegatum: tum nihil ex prælegato restituere, sed totum retinere debeat. Species & responsum *d. L. Titia. ad Leg. Falcid.* Non sane quod in utraque specie pars una prælegati non semper sit hereditaria: sed quod in posteriore specie ea pars eximitur de fideicommisso; in priore non eximitur. Nam cum testator posterius rogat heredem, ut portionem hereditariam restituat, necesse est eo fideicommisso contineri, quidquid prius apud heredem fuit hereditarium; quia nihil sequitur, unde quidquam de fideicommisso detractum intelligatur. At cum testator posterius prælegat: idcirco legatum in fideicommissum hereditatis non venit, quia videtur de fideicommisso, quod præcessit, exceptum

XIV. Sicut tertio loco quædam, quæ cum voluntate testatoris contineantur fideicommisso, postea facto fideicommissarii amittuntur. In ea caussa sunt res subtractæ. Quod fideicommissarius, aut legatarius de hereditate subtraxit, placuit eius petitionem ei denegari. *L. Paulus.* 48. *D. ad Treb. L. non est dubium. C. de lega.*

XV. Postremo ipsa hereditas fideicommissaria ob impensas quasdam ab herede factas deminutionem patitur. Si quid heres propter hereditatis restitutionem, aut hereditatem ipsam necesse habuit deminuere, aut impendere de suo: in eo & rei alienatæ pretium, & sumptum a se factum detrahit, & hactenus imminutam hereditatem restituit. Propter restitutionem hereditatis cogitur deminuere res suas: veluti, cum rogatus est servos suos manumittere, & iisdem hereditatem restituere, quos manumisit. Non enim potuit aliter facere, si vellet his restitutam hereditatem, ut apud eos maneret, uti rogatus est; quoniam servi suum habere nihil possunt. *L. acquiruntur.* §. 1. *D. de acq. re. do.* Itaque his manumissis, debebit restituere hereditatem; sed non nisi detracto prius pretio servorum, quod illi per eam caussam abest. Idem ergo dicemus, si dum rogatus est heres certo loco hereditatem adire, & restituere, eo profectus, sumptus ad iter fecit; aut institutus sub conditione dandi, paruit conditioni de suo. *arg. in L. sed sciendum.* 7. *D. ad Treb.* Propter hereditatem sumptus facere cogitur, qui sumptus facit in res hereditarias. Nam bona fides, quam in rebus hereditariis tuendus debet præstare, res hereditarias eum negligere prohibet. Ideo placuit & heredem hunc sumptum detrahere. *L. mulier.* 22. §. *sed enim. D. eod.*

XVI. Atque hæc de primo genere commodorum hereditariorum. Horum alterum genus erat eorum, quæ post mortem defuncti acquiruntur non aditæ hereditati. Totum hoc gerens hereditarium est, eoque & in restitutionem venit: nisi si fideicommissarius hoc commodum aliquibus in rebus sibi ademerit, eas res subtrahendo, aut hereditas propter impensas superiores deminutionem aliquam patiatur. Huius generis sunt ea, quæ servi hereditarii stipulati sunt, aut per traditionem acceperunt. Huius generis fructus ex rebus hereditariis ante aditam hereditatem percepti. Multoque magis ancillarum partus. Quæ propterea placuit, omnia in restitutionem venire. *L. ita tamen.* 27. §. 1. *in fin.* Nam & quæ servi acquirunt, acquiruntur domino. *d. L. acquiruntur.* §. 1. *de acquir. rer. dom.* Ex fructus percepti ex re aliqua, quæ ab alio bona fide non possideatur, itidem domino fundi acquiruntur. *L. qui scit.* §. 1. *D. de usur.* Hereditas autem non adita pro domina habetur, defuncti non heredis personam sustinens. *L. hereditas.* 1. & 2. *D. de acquir. rer. domin.* Quare acquiruntur hæc omnia hereditati, eoque & fiunt hereditaria. Omne autem in fideicommissum venit, quod est hereditarium, nisi aperte excipiatur. *L. in fideicommissariam.* 18. §. 1. *ad Trebell.* Proinde in eadem caussa erunt omnes actiones, ex rebus hereditariis ante aditam hereditatem natæ. Quidquid enim patrifamilias acquireretur, si viveret: id, eo mortuo nondum adita hereditate si contingat, necesse est, hereditati acquiri. *L. in eo.* §. *ult.* & *L. hereditas. seq. d. L. hereditas.* 2. *D. de acq. rer. dom.* Ergo etsi ante aditam hereditatem in aliqua re hereditaria [8] damnum datum erit, restitutione facta, transibit huius rei actio ad fidei-

tui hereditatem, ubi legata non restituenda, quæ hereditatis appellatione non veniunt *L.* 3. §. 4. *h. t.* &c. Sed hæc non vere, adversantur communi sententiæ, quæ eo casu sic distinguit quando non portio simpliciter, sed portio hereditaria restitui iussa. Vid. & Maret. *Tr. Quartar.* C. 5. *n.* 17. & *seq.* Peregrin. late *de Fideicomm. Art.* 7

8) Dissent. Chiflet. *Lib.* 4. *de l. fideicomm.* C. 6. *p.* 1067. quia, inquit, Legis Aquiliæ actio, pœnæ potius, quam rei persequutoria, ergo ex bonis non pendet. Putat tamen, eum non sit mere pœnalis, sed mista §. *sequens*, *I. de act.* fiduciarium, quod ratione rei fuerit consequutus, cogi restituere.

fideicommissarium. Negari videtur in *L. qui ita. 66. §. si damnum. D. ad Trebellian.* Sed nihil verius. Nam de eo damno ita scriptum est in *L. liber. §. si servus. D. ad leg. Aquil.* Si servus hereditarius occidatur, dubitari posse, an sit legis Aquiliæ actio, cum dominus nullus sit huius servi; legem autem domino damna salva esse voluisse. Sed dominum hereditatem haberi. Quare adita hereditate, heredem experiri posse. Hereditaria ergo hæc actio est proinde ea, quæ hereditati primum quæsita, per hereditatem deinde heredi postea facto acquiratur: quæ vis est, & conditio quæsitæ hereditatis, ut diserte scriptum est *Inst. de stip. ser. in princ.* Quod si hereditaria actio est: haud dubie etiam ex Trebelliano transferetur. *L. postulante. 44. §. 1. L. deducta. 58. §. qui post. D. ad Trebell.*

XVII. Negari tamen, ut dixi, videtur in *d. L. qui ita, 66. §. si damnum, eod.* sic enim verba sunt: *si damnum in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio cœpit, non tamen transit legis Aquiliæ actio ad fideicommissarium. Hæ enim actiones transeunt, quæ ex bonis defuncti pendent.* Sed etsi initio verba ambigua sunt, & incertum, utrum loquatur Paulus de damno dato in servo hereditario ante aditam hereditatem, an vero post aditam: tamen quod in eo ambigui est, sequentibus declaratur, apparetque ex his, loqui eum de damno, quod datum est adita iam hereditate. Primum dicit per servum hereditarium cœpisse competere heredi hanc actionem. Si ante aditam hereditatem damnum datum esset, quæsita esset actio hereditati, non heredi. Adita autem postea hereditate, cœpisset quidem actio competere heredi: non tamen per servum hereditarium, sed per hereditatem, ut est in *princip. tit. de stip. ser. Instit.* Sed ne multis agamus, ratio, qua utitur, aperte quæstionem dirimit. Hæ enim, inquit, actiones transeunt, quæ ex bonis defuncti pendent. Nimirum hoc vult, eam actionem, de qua loquitur, non pendere ex bonis defuncti, ex quo colligit, eam non transire ad fideicommissarium. At cur non est hæc actio ex defuncti bonis? quia quæsita est post aditam hereditatem. Quo tempore bona desierant esse defuncti, & cœperant esse heredis. Quod si damnum datum esset ante aditam hereditatem: iam ostendimus, futurum fuisse, ut actio acquireretur hereditati. Quidquid autem pendet, idest, proficiscitur ab hereditate, id pendet a bonis defuncti. Quod enim hereditatis est, id quoque & defuncti esse intelligitur: quoniam hereditas defuncti personam sustinet. Nihil ad rem pertinet, quod Paulus de servo hereditario loquitur. Etsi enim proprie, & usitate servus hereditarius dicitur, qui est hereditatis nondum aditæ: *L. in eo. §. ult. D. de acquir. rer. dom. §. servus etiam. Instit. de her. instit.* tamen obtinuit etiam hereditarium dici, qui ex hereditate obvenit, seu qui aliquando fuit hereditatis. Sic accipi constat in hoc argumento in *L. ita 27. §. 1. L. facta. 63. §. si heres L. si heres institutus. 70. §. 1. D. ad Treb.* ut & in *L. 1. §. veteres. D. de acq. pos.*

CAP.

tuere, pœnam autem retinere. Proinde quod in *d. L.* 66. §. 1. dicitur, non transire actio L. Aquiliæ, id intelligit, scilicet cum sua natura pœnali. Transire autem quoad simplum, arg. *L.* 20. §. 4. *de petit. hered.*

C A P. XXVI.

Tertium genus commodorum hereditariorum cerni in iis, quæ post aditam hereditatem heredi primum acquiruntur. Quid ex eo genere veniat in fideicommissariam restitutionem: & maxime de fructibus, reliquisque accessionibus ab herede tum perceptis.

Commoda, quæ post quæsitam hereditatem obveniunt vel ab ipsa sunt hereditate, aut a rebus singulis hereditariis. I.
Prioris generis commodum unum esse ius accrescendi, quod ita ad fideicommissarium transit, ut ad acquisitionem accrescentis portionis neque alia actione, nec nova restitutione non sit opus, nisi in parte altera non gravata suus heres institutus, qui se abstineat. II. III. IV.
Commodorum, quæ a rebus singulis proveniunt quædam in restitutionem veniunt, quædam fiunt heredis propria. V.
In restitutionem duo venire. VI.
Percepta ex hereditaria obligatione etiam naturali, modo ea obligatio de sorte sit, non de accessionibus. VII.
Ancillarum partus. VIII.
Reliqua fiunt heredis propria, & quæ nam ad id genus commodorum pertineant. IX.
Sententiæ huius rationes afferuntur. X, XI. XII.
Eiusdem exceptiones duæ. XIII.
Una si mora ab herede facta sit. XIV.
Altera si testator volit restitui. XV.
Eius voluntas declaratur duobus modis. XVI.
Verbis *interdum aperte, non nunquam obscurius.* XVII.
Quo modo aperte. XVIII.
Quo modo obscurius. *Huius rei tres formulas occurrere observatu dignas.* XIX.
Prima est cum rogatur heres cum incremento restituere hereditatem. XX.
Secunda cum testator ita rogat heredem, ut post mortem suam quidquid ex bonis superit Titio restituat. XXI.
Huic speciei Papiniani duo alia eiusdem responsa conciliantur. XXI. XXII.
Tertia si sic testator cavit: quantacunque pecunia ex hereditate, bonisve meis pervenit, eam omnem heres, si sine liberis morietur, Titio restituat. XXIII.
Voluntas testatoris de fructibus restituendis & si id verbis non expresserit, colligitur etiam ex dilatione in gratiam fideicommissarii adiecta. XXIV.

I. Tertium genus commodorum hereditariorum est in iis, quæ post aditam hereditatem per caussam hereditatis quæsita obtingunt. Quod genus quia patet latius, & per se dignum tractatum habet, tum ne superius caput in immensum excresceret: visum est de eo separatim dicere. Huius generis commoda duplicia sunt. Quædam enim hereditatis ipsius, & universitatis commoda sunt; quædam percipiuntur ex rebus singulis hereditariis.

II. Commodum hereditatis, & universitatis quæsitæ unum est, id de quo supra diximus [1], ius accrescendi. Et hoc commodum ad fideicommissarium pertinet, ut cætera, quæ sunt hereditatis. Finge duos heredes institutos. Unum rogatum restituere portionem suam Titio. Si restituit, deinde alter coheres repudiet here-

[1]) Consentit Gomez. 1. *Var. resol.* 5. *n.* 19. Dissent. Cuiac. 12. *Obs.* 12. volens, adcrescere heredi fiduciario, si is sponte adiit, quasi ab initio esse ei relicto, ne plus habeat fideicommissarius, quam testator voluit. Ius enim accrescendi, inquit, tantum facit, ne quis minus habeat, quam ipsi relictum, cum sit ius hereditatis, vel legati integrum, nec per concursum socii deminutum. Excipit, nisi heres compulsus adiit, ut in *d. L.* 43 quantum in ipso fuit irritans supremam voluntatem defuncti, ideoque indignus qui ex ea voluntate, vel eius occasione quidquam consequatur. Sed negandum est Cuiacio, voluntatem defuncti magis suffragari fiduciario. Quin proclivior coniectura est pro fideicommissario, quem plus dilexisse censetur. Quia enim ius accrescendi quasi ex tacita, & præsumpta substitutione, vid. *not. supr. Cap.* 12. *N.* 2. in substitutione autem eædem partes repetitæ censentur, quæ in institutione, propterea quod utrobique æqualis testatoris credatur affectus; idem ad institutionem precariam, & substitutionem præsumptam ex pari ratione trahi posse videtur. Accedit, quod portio portioni accedit, non personæ, *L.* 33. *in fin. de Usufr.* Hoc sane interesse hic putarem inter fiduciarium, qui coactus, & qui sponte adiit, quod ut hic quartam, de portione in qua institutus, detrahit, ita & de ea quæ defectu socii obvenit; ille de neutra. Diss. & A. Fab. 50. *Error. Pragm.* 1. 3. & 4.

hereditatem: placet, portionem deficientem accrescere coheredi, & per coheredem ad fideicommissarium transire [2]. *L. Papinianus*. 43. *D. ad Trebellian.* & quidem ita transire, ut ei necessario acquiratur. Solum hoc excipitur, nisi in parte altera, quæ iussa non erat restitui, fuerit heres necessarius institutus, qui post restitutionem priorem se abstineat. Veluti si pupillus parenti suo heres extiterit, & fideicommissam hereditatis partem restituerit, mox abstineat paterna hereditate. Quo casu idem tribuitur hic fideicommissario, quod tribueretur ipsi heredi, qui suam partem agnovisset. Cui deinde altera portio a necessario herede se abstinente accresceret. De quo in *L. cum hereditate*. *D. de acquir. hered.* nam ut illi, sic huic fideicommissario defertur optio, ut aut portionem quoque pupilli agnoscat, aut a toto discedat. Quo declaratur, nisi hæc conditio sit alterius coheredis, eius portionem deficientem fideicommissario accrescere etiam invito. Tantum hæc quæruntur in *dict. L. Papinianus*, primum, qua actione fideicommissarius petere possit ab herede portionem, quæ illi accrevit. Deinde, an ei opus sit nova restitutione ad eam portionem nunc primum acquirendam.

III. Quod de actione quærit, inde nascitur, quod fideicommissi persecutio competit de eo, quod fidei heredis commissum est, seu de eo, quod rogatus est restituere. Solum autem de portione sua restituenda rogatus est, non de altera. Et respondet Papinianus, fideicommissarium in eo securum esse posse. Id sic accipiemus, fideicommissarium ad petendam portionem accrescentem non egere alia actione, de quo quæsierat; sed eo nomine eamdem fideicommissi persecutionem esse, quæ & de altera vere fideicommissa. Nam qui de portione sua restituenda rogatus est, vi ipsa & de commodis omnibus, quæ essent hereditaria, rogatus est. In his autem commodis est ius accrescendi, & per hoc portio, quæ accrevit.

IV. Quod autem quærit, an opus sit fideicommissario nova restitutione huius partis accrescentis, ideo quærit, quia, ut diximus, non acquiritur hereditas ex fideicommisso, nisi restituta. Quam quæstionem ponit tantum, & in medio relinquit. Nos respondebimus totam hanc portionem accrescentem postquam accrevit, statim fieri fideicommissarii, & ut fiat, sufficere præcedentis portionis restitutionem. Hac enim portione semel quæsita, reliquæ deficientes ei coniunguntur, & accrescendi iure quemvis defuncti successorem, qui illam partem habeat necessario sequuntur: *L. qui patri. in fin. D. de acquir. hered. L. si ex pluribus. D. de suis & legit. hered.*

V. Quæ commoda percipiuntur ex rebus ipsis hereditariis post aditam hereditatem, non omnia sunt in eadem caussa. Quædam, ut superiora, in restitutionem veniunt, quædam fiunt heredis propria.

VI. In restitutionem veniunt tanquam hereditaria, duo: percepta ex actione, & obligatione hereditaria; & ancillarum partus.

VII. Quæcumque consecutus est heres ex actione, & obligatione hereditaria, dum a debitore hereditario solvitur, si obligatio est de sorte, non de usuris, aut pensionibus, id est de accessionibus: fiunt hereditaria, eoque & heredi restitui debere placuit. Usque adeo, ut & quod solutum est heredi ab eo, qui natura tantum debuerit, placeat, reddendum esse fideicommissario. *L. si heredi*. 47. *D. ad Treb.* Merito: nam ipsa actio & obligatio omnis præcedens fuit hereditaria, ut est in *L. deducta*. 58. *§. qui post. ad Treb.* quippe defuncto, aut hereditati ipsi ante quæsita. Proinde & hereditarium, quod inde debetur; cum quod debetur, id sit, quod obligatione continetur. Unde hæc, nomen, id quod debetur, item actio, & obligatio nostris idem valent. *L. nomen*. *D. de lega*. 3. *L. creditur*. *§. penul. D. de lib. leg.* Plane si actio erit de usuris, aut pensionibus rerum, hæc percepta fructuum conditionem imitantur, ut fiant heredis, uti & fructus. *d. L. deducta*. 58. *§. qui post.*

2) Cuiac. *d. C.* 12. pro, *alia actione*, in *d. L.* 43. legit, *alia aditione*, quia, inquit, nulla est actio fideicommissario, sed extraordinaria persequutio, & A. Fab. *d. Err.* 4. reponit, *coactione*. Sed Resp. Actionis vocabulum latius acceptum etiam extraordinariam persequutionem continet, ceu convincit ipsa *L.* 178. §. 2. *de V. S.* & maxime §. *ult. eiusd. L.* ibi *omnem actionem &c.* sive fideicommissi persequutio. Idem Cuiac. pro *ignarus sit*, reponit *gnarus sit*, vel *gnaruit*, id est rescivérit. Sed utut Livius, teste Festo *Lib.* 7. & Perotto *Cornucop. in* 6. Martial. *Epigr. f. mihi* 539. vocem gnaruisse usurpaverit, non tamen pro rescivisse, sed pro narrasse. Nec Ulpianus huiusmodi verbis facile utitur. Forte in *d. L.* 43. ignarus pro gnaro, ut vocula *in* non privet, sed augeat, quomodo ipse Cuiac. *alibi* 15. *Obs.* 18 inscientem exponit pro sciente, de quo alibi. Dici tamen potest verbis illis: *deinde ignarus sit accrevisse post restitutionem, &c.* significari accretionem quidem factam ante restitutionem (ut illa *post restitutionem*, referatur ad voculam *ignarus*, non ad verbum *accrevisse*.) Sed id ignorasse tam in restitutione, quam aliquo tempore post eam. Atque eum casum tractasse Papinianum, in quo & ex ignorantia fideicommissarii decisio facilior, cum, si scivisset, ante restitutionem obventionem partis quæ accessit, ei imputari posse videretur, quare non ad eius partis restitutionem heredem compulerit, &c.

post. *D. ad Trebellian*. De quibus mox.

VIII. Partus ancillarum hereditariarum, & partuum partus sive ante hereditatem, sive post editi sint, pariter in restitutionem veniunt, ut hereditaria. *L. mulier*. 22. *§. sed enim*. *D. ad Trebellian*. Neque excepti videntur, etsi testator rogaverit heredem, ut hereditatem post mortem suam restitueret, exceptis reditibus. *L. deducta*. 58. *§. hereditatem*. *D. eod.* Nam reditus est in fructu. *L.* 7. *D. de usufr*. Partus autem in fructu non est. *d. L. mulier*. 22. *§. sed enim*. *L. in pecudum*. *D. de usur*. Loquor de eo partu, qui pereeptus est ab herede ex fideicommisso, quod præsenti die debebatur. Nam 3 si sub conditione relictum fuerit, aut in diem: & fructus,& partus ante diem fideicommissi cedentem percepti fiunt heredis, nec fideicommisso continentur. *L. respondit*. *§.* 1. *D. de usur*. *L. mulier*. 22. *§. si heres*. *D. ad Treb.* Usque adeo, ut fiant eius, etsi rogavit testator simpliciter, ut heres post diem restitueret, non autem ut restitueret sine reditibus, seu deductis reditibus, tametsi ita proponitur factum in *d. L. respondit*. *§.* 1. *de usur*. Non enim illic per id tempus fructus, aut partus percepti ideo fiunt heredis, quia reditus exceptus est; sed quia testator dilationem fideicommisso ideo adiecit, ut quæ interim commoda ex hereditate essent, ea ad heredem pertinerent: cuius caussa dilatio adiecta est. Unde dicuntur hæc commoda percipi iudicio testatoris. *d. L. mulier*. *§. si heres*, *ad Trebel*. Non est contrarium, quod Papinianus scribit in *L. deducta*. 58. *§. hereditatem*. *ad Trebel.* hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatum, ancillarum partus non retinere. Hoc enim, ut conveniat cum superiore responso, quod est Pauli, sic 4 accipiemus, ut non retineat propter hanc adiectionem, exceptis reditibus, seu ut non retineat, quo casu, reditu non excepto, eos restitueret. Quod fit, si ante aditam hereditatem editi sint, aut post diem fideicommissi cedentem. Cæterum si adita hereditate ante diem fideicommissi, iudicio testatoris locus erit, ut quæ interim commoda exstiterint, voluntate testatoris ita fiant heredis, ut & in quartam imputentur. Neque vero alia de caussa imputantur, nisi quia hoc ipso iudicio retinentur. *d. L. mulier*. *§. si heres*.

IX. His exceptis, quæcumque percipiuntur ab herede ex rebus hereditariis singulis, una hac definitione continentur, ut fiant 5 heredis propria, nec veniant in restitutionem. Huius generis sunt, quæ servi hereditarii post aditam hereditatem stipulati sunt, aut per traditionem acceperunt. *L. ita*. 27. *§.* 1. *D. ad Treb.* aut si qua hereditas servo delata iubente herede ab illo adita est. *L. facta*. 63. *§. si heres*. *D. eod.* Huius generis actiones omnes ex rebus hereditariis quæsitæ heredi post aditam hereditatem. Veluti, si heres pecuniam hereditariam crediderit suo nomine, & pignus acceperit. Hic & conditio certi ex mutuo, & actio hypothecaria ex superioribus caussis quæsitæ heredi, eædem & propriæ sunt eius, nec fideicommissario restituere cogitur. Si tamen in eum contractum, qui a defuncto fuerat interpositus, pignus acceptum sit ab herede, non transibit quidem hoc casu hypothecaria actio in fideicommissarium ex fideicommisso: sed tamen placet, eum habere actionem adversus heredem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem, quia alioqui pignus apud heredem inutile futurum sit. Hæc in *L. si heres pecuniam*. 73. *D. eod.* Ergo & actio legis Aquiliæ quæsita heredi ex eo, quod damnum in re hereditaria datum est, sic fiet heredis, ut non transeat ad fideicommissarium

3) Ita & distinguit Zoanet. *Lib. de Duplici venatione n.* 2. qui ibidem *&* *n.* 3. *& seqq.* tractat, quare partus non sint in fructu. Non autem *in d. L.* 22. *§.* 3. pro *quia* legendum *quamvis*, ut vult Charond. 2. *Verisim*. 3. sic habere referens antiquos manuscriptos, & excusos Codices. Neque enim magis restitui deberent partus, si in fructus essent, sed minus.

4) Solutio hæc divinat, & *Text. d. L.* 58. *§.* 4. distinctionem inter tempus, quo editi partus, vix admittit. Melius forte Pac. 5. *Q.* 43. antinomiam inter *d. L.* 14. *§.* 1. *&* *d. L.* 58. *§.* 4. diluit, ex verbis extremis *d. §.* 4. qui *summissi gregem retinent*, ut non simpliciter ibi loquatur IC. de partu, vel fœtu, sed de submisso in locum mortuorum capitum, ut familia vel grex maneret. Nec obstat vocula, *gregem*, quæ ad solos fœtus referri videtur. Nam & familiam complecti potest, sicut Plautus dixit in *Aulular. Act.* 3. *Sc.* 3. venalium gregem. Terent. *in Heautont. Act.* 2. *Sc.* 3. Ancillarum gregem ducunt secum, &c. Quam solutionem & paucissimis innuit Guvean. *ad L.* 25. *ad L. Falc. n.* 3. & videtur probari ea Synopsi Basil. *Lib.* 35. *Tit. de fideic. act. restit.* C. 53. Sed malo statuere partus, & fœtus omnino venire in restitutionem per *Text. L.* 3. *in fin. pr. de instr. leg.* Et quia Papin. *in d. L.* 14. *§.* 1. decisionem plane fundat in verbis testamenti, *exceptis reditibus*.

5) Hot. 1. *Amicab.* 17. *cir. fin.* Cum hereditas aditione esse desierit, facta patrimonium heredis, non acquiruntur fructus, post eam iure hereditatis, & iure civili, quia tempore aditionis non erant, sed iure gentium pro cultura, & cura, sicuti a quovis bonæ fidei possessore rei singularis. P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 20. rationem, quod fiduciarius fructus post aditionem perceptos lucratur, etsi dies restitutionis cesserit ac venerit, quod substitutus est in mora petendi (quæ ipsa ratio est Ulpian. *in L.* 22. *§.* 2. *h. t.*) nec heres malæ fidei possessor, vid. & A. Fab. 11. *de Err. Pragmat.* 3. Menoch. *de Arb. Ca.* 256. Io. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. C. 1. Matthæac. *Lib.* 4. *Epit. legat.* C. 5. *& seqq.* Sed hæc de fructibus perceptis. Nam si usuræ, aut pensiones ex caussa hereditaria debitæ, nondum exactæ sint, actio ad eas petendas in fideicommissarium transit *L.* 44. *§. ult. h.* Dun. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 12.

farium, *d. L. qui ita*. 66. §. *si damnum*. *D. eod.* In primis autem ad hoc genus commodorum pertinent fructus rerum hereditariarum; quos maxime constat percipi ex rebus hereditariis. Et hos placet, eodem iure in fideicommissariam hereditatis restitutionem non venire. *d. L. in fideicommissariam, in princ.* Et ut loquitur Marcellus, fructus fideicommissarium non sequi. *L. postulante*. 44. §. 1. *illic, sane pro fructu, ad Treb.* Quod semper de his dictum intelligere debemus, qui post aditam hereditatem exstiterunt. Nam qui ante percepti sunt, eos in diversa caussa esse diximus, utpote a principio quæsitos hereditati, atque ita factos hereditarios. *L. ita*. 27. §. 1. *eod.* Quod si fructus non veniunt in restitutionem, ne illa quidem venient, quæ fructuum vice sunt, quæ paulo longius a rebus hereditariis discedunt. *L. quod his verbis*. 83. *D. de leg.* 3. Fructuum vicem obtinent pensiones, & mercedes rerum locatarum, *L. mercedes*. *D. de her. pet.* item usuræ. *L. usuræ*. *D. de usur.* Quamobrem & hæc omnia ab herede percepta fideicommisso eximi legimus, ne in restitutionem veniant. *L. postulante*. 44. §. 1. *L. deducta* 58. §. *qui post*, §. *ante*. *D. ad Treb.*

X. Sed quæritur totius huius sententiæ ratio: huius, inquam, quæ est de omnibus, quæ ex singulis rebus hereditariis percepta sunt; nec immerito quæritur. Constat enim in fideicommissum hereditatis omnia cadere, quæ sunt hereditatis. *d. L. in fideicommissariam*. §. 1. Cur non igitur, quæ sunt percepta ex rebus hereditariis? Hoc ideo, quia non sunt hereditatis. Quod innuere voluit Ulpianus in *d. L. in fideicommissariam*. §. 1. his verbis: *fructus*, inquit, *non hereditati, sed rebus ipsis accepto feruntur*. Sensus enim est: fructus perinde habendos, ac si accepti essent ex rebus ipsis hereditariis, non ex hereditate. Ex rebus ipsis percipi constat. At cur non hac ipsa de caussa ex hereditate, cum hæ res sint hereditatis? Minime vero hæ res sunt hereditatis. Fuerunt olim hereditatis ante eam aditam, quo tempore hereditas erat domina. *L. hereditas*. 2. *D. de acquir. rer. domin.* Adita hereditate, cœperunt esse heredis, qui ipse tum in ius omne defuncti successit. *L. heres in omne*. *D. de acquir. hered.* Quo facto, simul desiit hereditas earum rerum esse domina; &, quod idem est, desierunt res ipsæ esse hereditatis. Neque enim duo in solidum eiusdem rei domini esse possunt. *L. si ut certo*. §. *ult.* *D. com.* At enim fructus, & quæ fructuum loco sunt, in petitione hereditatis dicuntur omnia augere hereditatem, atque adeo fieri hereditaria, eaque de caussa a possessore restitui debere. *L. sed etsi lege*. §. *ult.* *L. ancillarum*. *D. de her. pet.* Sed nihil hic non recte constitutum; nec quicquam in eo huic loco, & restitutioni propositæ contrarium. Nam hereditaria in hac restitutione proprie vocamus solum ea, quæ sunt hereditatis, & quandoque in bonis defuncti fuerunt, unde & pendent: quæ sola placet venire in fideicommissariam restitutionem. *L. in fideicommissariam*. 18. §. 1. *L. qui ita*. 66. §. *si damnum*. *ad Treb.* In petitione autem hereditatis quæ dicuntur hereditaria, & augere hereditatem, ut in restitutionem hereditatis veniant, ea paulo generalius dicuntur, non ea solum, quæ sunt, fueruntve aliquando hereditatis: sed etiam quæ heredi primum sunt quæsita, facta tamen eius per caussam, & occasionem hereditatis prius illi quæsitæ. Qualia sunt ea, quæ adita hereditate percepta sunt ex rebus singulis, quæ aditione heredis factæ erant. Has res omnes placet ea petitione adversus possessorem æstimari, ut restituat, & restituat petitori; merito utrumque. Nam possessor heres non est; ut proinde nihil habeat, quo possit sibi quidquam ex ea hereditate defendere. Quam ob caussam & si quid inde possidet, aut dolo fecit, quominus possideret, restituere cogitur. Restituit autem petitori hereditatem vindicanti: nempe quia is vere heres est; certe sententia iudicis talis pronuntiatur. Ad quem propterea omnia ex bonis hereditariis percepta pertinent; idque eo magis, si percepta sint ex rebus iis, quæ iam illius propriæ esse cœperant.

XI. Non eodem modo in fideicommissaria restitutione æstimantur istæ accessiones adversus heredem rogatum, ut eas cogatur restituere. Cum enim vere sit heres, & fructus, itemque accessiones reliquæ post aditam ab eo hereditatem ex bonis eius perceptæ sint: non potest, quin ius ipsarum rerum, unde natæ sunt, sequantur, atque ita fiant eius. *L. qui scit*. in pr. & §. 1. *D. de usur.* Porro quæ ita heredis facta sunt, ideo non cogitur is ea restituere fideicommissario, quia lex, & conditio restitutionis fideicommissariæ refragatur: in quam, ut dixi, placet solum venire, quod est hereditatis. Fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur. *d. L. in fideicommissariam*. §. 1. *ad Treb.*

XII.

XII. Sed rursum si hoc ita est, cur quod de fructu dicimus, non idem de partu dicimus? Nam & hic percipitur ex ancillis hereditariis; & hæ adita hereditate non minus sunt heredis, quam res cæteræ, quæ sunt in hereditate. Dicemus, partum non proprie ex ancillis percipi videri. Siquidem ea proprie dicuntur ex re aliqua percipi, quæ sunt fructus eius rei. Partus autem non est in fructu. *L. in pecudum. D. de usur.* Sed & illa maxime proprie, quæ ex re aliqua ita nascuntur, ut sint eius rei accessiones. Partus autem ancillæ non est ancillæ accessio, sed tanquam pars principalis quædam, quæ tanquam per sese exsistens, & ipsa per se spectetur, propter hominum dignitatem, ut est in *L. iustissime. D. de æd. ed.* Quod si partus ex ancilla non proprie percipitur: sequitur, ut cum aliunde non possit, quam hinc, aut ex hereditate percipi, magis ex hereditate percipi intelligatur. Et certe si mater hereditaria est, etiam partus, qui huius pars est, & pars æque principalis, existimari debet esse hereditarius.

XIII. Quod tamen de fructibus dicimus, hos ante restitutam hereditatem ab herede perceptos sic fieri eius, ut non eogatur restituere: sic accipiendum est, nisi aut mora facta sit, aut testator velit restitui. Tot enim sunt superioris sententiæ exceptiones traditæ in *d. L. in fideicommissariam. in princ. ad Trebel.*

XIV. Mora fideicommisso ab herede facta, exinde fructus, & cætera commoda postea percepta præstanda sunt. *d. L. in fideicommissariam.* 18. *L. ita,* 27. §. 1. *L. postulante.* 44. *in fi. D. ad Treb. L.* 3. *in princip. D. de usur.* Nam quod dicitur in *L. videamus.* §. *si actionem. D. de usur.* Si actio sit ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus me non consequi, etiam si mora facta sit; de strictis iudiciis dicitur, ut declaratur in *d. L.* 3. §. *in his quoque. de usur.* Ad bonæ fidei iudicia constat non pertinere. *L. mora.* § 1. *D. de usur.* Sed nec ad legata, & fideicommissa, quæ in hac re bonæ fidei iudiciis comparantur. *L. in minorum. C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.*

XV. Voluntas maxime testatoris facit, ut si voluit fructus cum hereditate restitui, hi restitui debeant. Habet enim hæc voluntas fideicommissum non minus in fructibus, quam in hereditate ipsa defuncti. Non minus ergo & hoc fideicommissum servandum. *Institut. de singul. reb. per. fid. rel. in princ.* & §. 1.

XVI. Voluntas testatoris de fructibus restituendis declaratur duobus modis. Aut enim exprimitur verbis, aut ex dilatione fideicommisso adiecta colligitur.

XVII. Verbis exprimitur interdum aperte, nonnunquam obscurius, ut obscuritas interpretatione egeat.

XVIII. Aperte, ut eum testator nominatim iubet hereditatem restitui una cum fructibus. Quæ species dubitationem non habet. *d. L. fideicommissariam. in prin. ad Treb.*

XIX. Obscurius, cum testator nihil exprimit de fructibus restituendis: sed tamen his verbis utitur, ex quibus eum de fructibus quoque sensisse intelligatur. Quo in genere tres formulæ occurrunt observatu dignæ, in quibus hæc interpretatio a veteribus admissa est: neque id tamen sine incertitudine, & iusta dubitatione, quæ ex verbis nascatur, quo diligentius species ipsæ notandæ, & cognoscendæ sunt.

XX. Prima est, cum rogatur heres cum incremento restituere hereditatem. Incrementi verbo placet omnia quæ ex rebus hereditariis acquiruntur, contineri. Huius sententiæ argumentum est in [6] *L. facta.* 63. §. *si heres. D. ad Treb.* ubi Caius superioribus verbis contineri vult ea, quæ per servum hereditarium quæsita sunt. At hæc, item & fructus ex bonis percepti in eadem caussa habentur. *L. ita tamen.* §. 1. *eod.* Et certe fructus non minus sunt incrementum hereditatis, quam res cæteræ per caussam hereditariarum rerum quæsitæ; quin potius in hoc incremento habendi sunt, eum ex corporibus ipsis rerum nascantur, cætera extrinsecus.

XXI. Secundam speciem hanc in hoc numero habuit Papinianus, cum testator ita rogat heredem, ut post mortem suam, quidquid ex bonis superetit, Titio restituat. Hic, inquit, ut cætera ex hereditate, sic quod ex fructibus superetit, iure voluntatis restitui oportebit. *L.* 3. §. *nonnunquam. D. de usur.* Sed habet hæc species magnam difficultatem ex duobus eiusdem Papiniani responsis in speciem plane contrariis. Unum est in *L. heredes.* 57. *in princ. ad Trebel.* Testator ita scripsit: *heredes mei quidquid ad eos ex hereditate, bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ coloniæ Beneventanorum.* Ille respondet, in proposito nihil de fructibus penden-

6) Ubi tamen vers. *&* *hoc faciendum*, usque ad finem §. Triboniano adsignat A. Fab. 12. *Coniect.* 17.

dente conditione perceptis petitum videri, idque constitisse. Exstat & huius simile responsum, vel potius idem in *L. quod his.* 83. *de leg.* 3. Atqui omnia, ut videtur, in hoc exemplo cum superiore similia, aut etiam ampliora. Utrobique testator eodem verbo res restituendas complectitur, ut dicat, quidquid in hereditate erit. Utrobique idem restituendi tempus, ut restituat heres post mortem suam. Utrobique de fructibus pendente conditione, idest, vivo herede perceptis agitur. Illud [7] interesse quis putabit, quod in priore rogatur heres, ut restituat quidquid ex bonis supererit; in posteriore, ut restituat, quidquid ad eum pervenerit. Et sane inter hæc verba multum interest: cum priora deminutionem rerum admittant: *L. Titius.* 54. *ad Treb.* posteriora non admittant. *L. si heres institutus.* 70. §. 1. *eod.* De quo paulo post. Sed hoc non eo pertinet, ut minus in posteriore fideicommisso videatur testator de fructibus restituendis rogavisse. Quin potius hæc verba, quidquid pervenerit, citius contineant fructuum restitutionem, quam illa, quidquid supererit. Plenius est enim, quidquid pervenerit: cum his verbis rogetur heres restituere, quidquid pervenit, sive supersit post mortem eius, sive non supersit; illis autem, quidquid supererit, primum nihil continetur, nisi quod pervenit: quoniam nihil cuiquam superest, nisi de eo, quod apud eum fuit. Deinde non continetur omne, quod pervenit, sed solum quod pervenit, & superest. Et plane in his omnibus nihil adhuc proponitur, quo una ex his scripturis ab altera distinguatur in fructibus restituendis. Sed [8] in eo discrimen observandum puto, quod in priore illa testator ita dicit, quidquid de bonis supererit, heres restituas. In posteriore ita, quidquid ex hereditate bonisve meis. Ut illic simpliciter de bonis exprimat; hic de bonis suis. Altera recte dixit Papinianus contineri, ut fructus restituantur; altera recte contineri negat. Qui dicit, quod de bonis supererit, nec adiecit meis, is de fructibus, qui supererunt, restituendis satis exprimit. Verum est enim fructus ex rebus hereditariis pendente conditione perceptos, & superesse ex aliquibus bonis: iis nimirum, quorum sunt illæ res hereditariæ. Non sunt ea bona defuncti; at sunt bona tamen, ut qui inde percepti sunt fructus, vere dicantur percepti ex bonis, & si qui supersunt, vere ex bonis superesse. At qui ita dicit, restituas, quidquid ex hereditate, bonisve meis vel pervenerit, vel supererit: is adiectione suorum fructus ex rebus hereditariis perceptos etiam exclusit. Quos enim fructus heres vivus percipit pendente conditione, eos non percipit ex bonis defuncti, sed suis.

XXII. Hic vero occurritur etiam altero eiusdem Papiniani responso. In quo priori illi scripturæ, de qua agimus, similia omnia etiam in hac parte sese ostendunt; negat tamen Papinianus in ea specie fructus venire. Testator ita scripsit: quod ex hereditate supererit, cum morieris, restituas. Fructus, inquit, superfluos restituere non videtur rogatus; quia verba fructuum additamenta non recipiant. Hoc eadem illa *L. heredes.* 57. *§. penult.* An quod dixit testator, quod ex hereditate supererit, non autem quidquid supererit? Sed nihil interest, utrum testator ita dicat, quæ Sempronio vivus præstabam, an vero, quidquid præstabam. *L. Sempronio. D. de usu, & usufr. leg.* Quod mihi uxor dedit, an quidquid mihi dedit. *L. ultim. D. de dot. prælegat.* Quidquid meum erit in illa regione, an quod meum erit. *L. 6. D. de instru. leg.* Discrimen in eo est, quod alibi testator ita scribit, quod ex bonis supererit; alibi quod supererit ex hereditate. Fructus percepti, si qui supersunt, semper supersunt ex bonis. Sunt enim percepti ex aliquibus bonis. At non possunt dici superesse ex hereditate, qui ex hereditate percepti non sunt. Non enim percepti sunt ex rebus, quæ essent hereditatis, sed ex iis quæ cœperant iam esse heredis. Et aperte dicit Ulpianus, bos fru-

7) P. Perrenon. 1. *Animadv. & Var. lect.* 11. scribit, discrimen inter verba, *quicquid ex bonis superfuerit*, & illa *quicquid ex hereditate superfuerit*, satis aperte refelli *L.* 83. *pr. de leg.* 3. *L.* 57. *pr. h. t.* Et discrimen quod alii (Cuiac. 12. *Obs.* 10.) faciunt inter, *Quod pervenerit*, & *Quod superfuerit*, refelli ex *L.* 3. §. 2. *de Usur. L.* 2. §. *ult. de dote praleg.* Ergo sic tenendum esse: Restituendos fructus, si de testantis voluntate constet, alias non. Hinc addi de voluntate testatoris in *L.* 3. §. 2. *de Usur. L.* 32. *h. t.* Sed non expedit ille quando, & unde de voluntate constet. Expeditius autem sane hic Don. noster. Aliter Io. Copus *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *Cap.* 2.

8) Ita & Pac. 5. Q. 39. quod minime omnium refellitur per *d. L.* 83. *pr. d. L.* 57. *pr.* ceu videtur Perrenon. ut *N. praced.* Nam in iis LL. pariter negantur fructus in restitutionem venire, & ibi Bona, ac Hereditas coniuncta sont. Peius autem Cuiac. 12. *Obs.* 10. deleta vocula *non*, in *d. L.* 58. §. *pen.* putat eius §. hunc esse sensum: quod medio tempore possit quidem fiduciarius deminuere, & alienare res restitutioni subiectas, (quod quatenus verum sit, vid. *C. seq.*) non vero superfluos fructus acquirere. Nam verba: *fructuum additamentum non recipiant*, non respiciunt heredem fiduciarium, sed fideicommissarium, ut Perrenou. *d. C.* 11. vel, quod verius videtur, hereditatem ipsam, sicuti & præcedentia: Sensus: Non augetur fructibus hereditas restituenda fideicommissario, sicuti deminuitur rebus quibusdam ex hereditate alienatis, vel peremptis: verum heres percipit fructus sibi, uti ex rebus suis.

fructus hereditati accepto non ferri. Quod nihil aliud est, quam ex hereditate non percipi.

XXIII. Tertia species, in qua Celsus putavit verba testatoris inducere fructuum restitutionem, est ea, quæ refertur in *L. Ballista*. 32. D. ad Treb. *heres si sine liberis morietur, quantacumque pecunia ex hereditate, bonisve meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem Titio restituat*. Respondit Celsus, in hac specie existimare se his verbis, omnem pecuniam, etiam fructus, quos heres ex hereditate percepit, restituere eum debere: perinde quasi specialiter hoc testator expressisset. Apparet ergo, Celsum motum potissimum verbo [9] *pecuniæ* id existimare; neque idem putare, si his verbis fideicommissum relictum esset, quidquid ex hereditate, bonisve meis ad te pervenerit; etsi utrobique verbum esset universale quidquid, quodcumque, omne. Et vero ex his verbis quidquid pervenerit, fructus contineri Papinianus negat in *d. L. heredes. in prin. D. eod.* Quid ergo intersit inter has orationes, quidquid pervenerit, & quantacumque pecunia pervenerit? Probabiliter [10] dicemus, hoc interesse, quod his verbis, quidquid pervenerit, significantur res, & corpora quæ pervenerunt; his autem, quantacumque pecunia, significatur quantitas; eoque æstimatio rerum, & pretium, quod in quantitate consistit. Res ipsæ aliæ, quæ percipiuntur beneficio hereditatis quæsitæ, ut fructus, nascuntur ex rebus ipsis, & corporibus hereditariis: non ex hereditate, quæ incorporalis res est. Fructuum autem æstimatio non utique ex rebus hereditariis est, quæ pecuniam non gignunt; sed ex hereditate, quæ ut est ius, ita & huius pecuniæ nanciscendæ ius dedit per res hereditarias. Et hæ orationes sunt, in quibus veteribus probatum est testatorem de fructibus restituendis significasse. Unde & in his fructus restituendos responderunt.

XXIV. Eadem voluntas & fine verbis intelligitur nonnunquam. Colligitur autem ex dilatione fideicommissi, quam constet adiectam esse fideicommissarii caussa: ut in hac specie respondit Papinianus. Mater heredem propinquum a se institutum rogaverat, ut filiæ suæ, id est testatricis, quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, restitueret, cum certam ætatem pupilla complesset. Idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendere, ne filiæ tutoribus, sed potius necessitudini res committeretur. Existimavit Papinianus, fructus, qui bona fide ab herede ex bonis defuncti percepti essent, restitui debere. Hoc ille in [11] *L.* 3. *§. cum Pollidius. D. de usur.* At alibi dicuntur hi fructus ante diem fideicommissi cedentem percepti maxime ex omnibus fieri heredis, nec debere restitui, quia percipiuntur etiam iudicio testatoris. *L. mulier*. 22. *§. si heres. D. ad Trebell.* Sed hoc tum recte dicitur, ubi non probatur diem alterius caussa adiectum esse, quam heredis, eiusdemque debitoris: ut in re dubia semper intelligitur dies adiici. *L. eum qui Calendis. §. ultim. D. de verborum obligat.* At ubi constat adiectum esse fideicommissarii caussa, ut factum esse in superiore specie verba testatricis aperte indicant: ex fine dilationis contraria voluntas testatricis perspicitur. Declarat enim hic finis testatorem esse hoc animo, ut velit post diem fideicommissi cedentem hereditatem ad fideicommissarium pervenire eo modo, & cum eo emolumento, quod futurum esset,

9) Dissent. Cuiac. 4. *Obs.* 39. verba, id est *pecuniam*, in *d. L.* 32. imperito interpreti adscribens, & decisionem ibi specialem putans ex verbo *caverit*, quasi testator, cautione prætoria, quæ aliæ legatorum nomine præstari solet, ac incrementum fructuum non recipit, *L.* 1. §. 13. *Ut leg. nom. cav.* haud contentus, voluerit fideicommissum ex cautione conventionali præstari, quæ plenior esset, & incrementum reciperet arg. *L.* 178. § 1. *de V. S.* Sed his parum inest roboris: nec ex nudæ cautionis iniunctione satis apte colligitur, testatorem in plus voluisse gravare heredem, quam ea non adiecta, præsertim filium. Ex verba extrema, *perinde quasi specialiter*, convincunt, decisionem inferri, non ex adiectione conditionis de cavendo, sed ex vi generalium verborum, & repetitionis vocis *pecuniæ*, &c. Denique caussa nulla urgens membrum de corpore legis resecandi.

10) Sensus hic Donell. nostri videtur, forte non satis ex his, minus autem ex ipsius verbis, cuivis obvius. Qui omnes res hereditarias per fideicommissum relinquit (quod intelligitur ita, qui huiusmodi formulis usus. *Quicquid, quantum, quod superfuerit vel pervenerit*) is intelligitur res omnes, & sulas ex ipsa hereditate provenientes reliquisse. Tales sunt quas defunctus reliquit, & quæ hereditati iacenti quæsitæ. Quæ autem post aditionem non item, quia adita, non amplius est hereditas. At qui omnem rerum æstimationem, & pretium relinquit (quod intelligitur verbis his usus: *Quantacunque pecunia pervenit, &c.*) is censetur etiam rerum, quæ post aditionem obvenerunt, pretium reliquisse; quia, utut illæ res, & accessiones, atque fructus, non sint ex rebus hereditariis, sed heredis, pretium tamen earum non est ex rebus, sed iure hereditatis. Verum hæc animum meum non explent. Nam & vox *pecunia*, complectitur res, & corpora *L.* 178. *pr. de V. S.* Et in utrisque formulis relictum est ius universale hereditatis, seu collectio omnium rerum singularium, alioqui neutrobique, si illic iura excluderentur, hic corpora, esset fideicommissum Hereditatis Universale. Ac licet inter æstimationem, & ius Hereditatis maius sit Symbolum, uti & inter ipsos fructus, & corpora, ex quibus nascuntur, non magis tamen dici potest æstimatio fructuum perceptorum post aditionem esse, & oriri ex hereditate, quæ eo quidem tempore, ex nostri sententia, nulla est amplius. Accedo itaque iis (dum probabilius quid occurret) qui IC. *in d. L.* 32. geminatione illa permotum, & inde coniecisse hanc voluntatem defuncti plenius gravandi sentiunt.

11) Et in specie *L. liberto* 21. §. 2. *in fi. de ann. leg.* Facit *L.* 43. §. 2. *de leg.* 2. Ioan. Copus *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 2.

esset, si dies adiectus non fuisset. Alioqui noceret dies adiectus fideicommissario, non prodesset. Nunc autem illius caussa adiectum esse dicimus. At si sine die statim restitutum illi esset fideicommissum, exinde quia rerum esset dominus, fructus quoque ex rebus hereditariis nati, & percepti eius essent. *L. qui scit. §. 1. D. de usur.* Quare & restituta post diem hereditate fructus eius fieri oportet.

C A P. XXVII.

In iis, quæ restitui debent, servandis, quam curam, & diligentiam heres præstare debeat. Amissis, aut consumptis rebus, quatenus teneatur, aut non teneatur.

Epilogus. I.
Quæcunque in restitutionem veniunt, ea ita demum venire si extent. Si perierint, aut deteriora facta sint, interesse, utrum id casu, *an* facto *heredis,* & culpa *acciderit.* II.
Si casu, *eum non teneri.* III.
Sin eius mora, *aut* culpa *casum præcesserit, teneri.* IV. V.
Tenetur etiam si quid eius facto *de hereditate decesserit.* VI.
Nisi deminuendi potestatem a testatore, *aut a* iure *acceperit.* VII.
Eam testator concessisse intelligitur cum heredem rogat, ut quod ex hereditate, bonisve superit, post certum tempus restituat. VIII.
In hac potestate inest arbitrium boni viri. IX.
Id duo continet. X.
Unum, ut deminutio rata sit si bona fide facta. XI.
Alterum, ut ea pro rata patrimonii fiat, non ad fideicommissum tota pertineat. XII.
Utrumque explicatur. XIII. XIV.
Iure *conceditur deminutio in actionibus usurarum, aliarumque id genus accessionum.* XV.
Extra has causas, heres, deminuendo, fideicommissario nocere non potest sive pure, *sive* in diem *fideicommissum relictum sit.* XVI.
Quid si sub conditione. XVII.
Negligentia heredis si res hereditariæ perierint, aut deteriores factæ sint, si lata *sit, tenetur; si* levis *non tenetur.* XVIII.
Unde negligentiæ æstimatio duci debeat. XIX.
Utrum levis negligentia *ab herede præstanda.* XX.
Si quid distrahi necesse est natura rerum exigente, aut ære alieno urgente, non tantum id posse fideicommissarium facere, sed debere, *rata alienatione.* XXI.
Periculum evictionis pertinet ad fideicommissarium, de quo fiduciario in restitutione cavendum; & cur ei hæc cautio necessaria. XXII.
Ex iis apparere quam fuerit hoc loco commodorum hereditariorum necessaria explicatio. XXIII.

I. HActenus ea, quæ ex commodis hereditariis excipi dicimus, ne transeant ad fideicommissarium. Quibus exceptis, nempe hoc confirmamus, cætera commoda hereditaria, si de iure persequendi quæritur, transire ad fideicommissarium restituta hereditate, & si adhuc res ipsæ ab herede restitutæ non sint, omnia actione de fideicommisso ab eo peti posse, & in fideicommissi restitutionem venire. Ea sunt in summa: quæcumque commoda defuncti fuerunt, dum transierint ad heredem, nec sint ex iis rebus, quas in hoc genere excipi diximus; quæcumque hereditati non aditæ sunt quæsita; & post aditam hereditatem ius accrescendi; item partus ancillarum, & partuum partus; fructus item, & emolumenta omnia ex rebus hereditariis percepta post moram fideicommisso factam, aut quæ testator restitui cum hereditate voluit. De quibus singulis esse persecutionem fideicommissi, eamdem quæ ad restitutionem iuris ipsius hereditatis, constat *L. ita. 27. §. si ex Trebelliano. L. si heres institutus. 70. §. 1. ad Trebellianum.*

II. Sed ne hoc quidem est perpetuum. Quæ in restitutionem venire, nec excipi dicimus, ea restituenda sunt ab herede, si exstant. Si perierint, aut deteriora facta sint; interdum tenetur heres, ut pretium, & æstimationem restituat: interdum omnino non tenetur. Ius hic commune cum omnibus aliis debitoribus, quorum ope-

opera, & diligentia aliqua in re debita curanda exigitur. Res autem in hac distinctione posita est. Refert, utrum res casu perierit, an facto heredis, & culpa, quæ in faciendo sit, an negligentia. Etsi autem totus hic locus de casu fortuito, de dolo, omnique culpa a quovis debitore præstanda est a me alibi inter liberationes diligenter, ut confido, pertractatus, & quidem ita, ut tractatio habeat regulam, qua in omnibus obligationibus undecumque natis ad istarum rerum præstationem diiudicandam recte utamur; tamen cum fere singulæ partes superioris distinctionis habeant plerasque sive exceptiones, sive cautiones, quas proprie in hac specie fideicommissariæ restitutionis spectari oporteat, quas easdem & veteres sub titulis ad *senat. C. Trebellianum* persecutos videmus: non gravabor & ipse hanc partem attinere hoc loco; sed intra modum: tantum ut illa, quæ in hac specie omitti non poterunt, in suum ordinem redigantur, simul & quantum licet, explicentur: non ut de his, quæ in hac quæstione cum cæteris obligationibus communia sunt, nisi quatenus facere necesse est, quidquam delibetur.

III. Redeo igitur ad distinctionem superiorem. Etsi quid in hereditate fideicommisso obnoxia casu fortuito periit, heres non tenetur. Quæ casibus fortuitis accidunt, nullo iudicio præstantur. *L. contractus. in fin. D. de reg. iur. L. quæ fortuitis. C. de pign. act.* Veluti, si quid perierit incendio, ruina, naufragio, incursu hostium prædonumve, & quæ similia casuum fortuitorum exempla commemorantur. in *d. L. contractus. L. 5. §. quod vero. D. comm. §. item is. Instit. quib. mod re cont. ob.* Et hoc est, quod legimus, nominum periculum ad heredem non pertinere: item periculum mancipiorum, aut urbanorum prædiorum heredem præstare non cogi. *L. deducta. 58. §. 1. §. penult. D. ad Treb.* Dicitur enim res periculo eius esse, cui perit, quocumque modo etiam casu fortuito pereat. *L. 5. §. nunc videndum. §. commodatum. D. com.*

IV. Hæc hoc loco exceptio est, nisi culpa casum præcesserit, ut dici possit, culpam heredis ei casui causam præbuisse. *L. cum res. §. sed si sticus. in fin. D. de leg. 1. d. §. item is, quib. mod. re cont. ob.*

V. In quo numero etiam erit mora heredis, si res post moram eius perierit. *d. L. cum res. §. ultim. de leg. 1.* nam & mora culpa est, quæ ideo dicitur perpetuare obligationem. *L. si servum in princ. §. sequitur. D. de verbor. obligat.*

VI. Facto heredis si quid decessit de hereditate deteriusve factum est; continuo heres tenetur. Veluti, si quid alienavit, si oppigneravit, si servos manumisit, si quid rupit, vel fregit. Earum rerum nomine persecutione fideicommissi tenetur heres non secus, ac si res in hereditate extitaret. *L. si heres institutus. 70. §. 1. ad Treb.*

VII. Hoc ita est, nisi deminutio rerum sit ei ita permissa, ut, his deminutis, placeat, eum hoc nomine non teneri. Hanc deminutionem alias testator concedit, alias ius ipsum.

VIII. Concedere intelligitur testator in hoc genere fideicommissi, cum rogat heredem suum, ut, post aliquod tempus, puta post mortem suam, restituat, quod ex hereditate, bonisve supererit. Hæc verba, inquit Papinianus, deminutionem admittunt. *L. deducta. 58. §. penult. D. ad Trebell.* Id est, ut ipse alibi interpretatur, faciunt, ut ea, quæ deminuta sunt, in caussa fideicommissi non deprehendantur. *L. 3. §. nonnunquam. D. de usur.* [1] Recte; perinde est enim, quasi testator ita scripsisset: licet tibi, heres, rebus hereditariis uti, easque consumere usque ad illud tempus, ut videtur. Cum per id tempus usus eris, tum si quid supererit, restituas.

IX. Sic tamen ex his verbis potestas deminuendi accepta est, non ut esset soluta, liceretque fideicommissario quidvis deminuere pro arbitrio, & cum consumpsisset, id fideicommisso detrahere: sed ut crederetur in eo inesse arbitrium boni viri. *L. Titius. 54. D. ad Treb.*

X. Id duo continere intellectum est, quibus iisdem hæc potestas temperatur.

XI. Unum, ut ita rata sit deminutio, si quid deminutum sit bona fide, non intervertendi fideicommissi caussa.

XII. Alterum, ut quod bona fide deminutum erit, non totum ad fideicommissi deminutionem pertineat: sed pro [2] rata patri-

1) Quia hæc verba quod, supererit, conditionem habent *L. 5. de leg. 1.* Conditioni autem, si quid supersit, contraria conditio tacite inest, si nihil supersit, ne restituat. Don. noster *ad auth. contra C. h. t. N. 1.* vid. & Cuiac. *in Nov. 39. P. 1.*

2) Quia autem hoc ius incertius, aliter disposuit Iustinianus *in Nov. 108. C. 1.* unde desumpta est *auth. contra C. h. t.* videlicet ut rogato restituere quod post mortem supererit ex hereditate, liceat de dodrante statuere ac consumere pro libitu, quadrantem autem integrum fideicommissario servare cogatur, cuius nomine satisdatio a fiduciario exigi potest, nisi eam præstari testator vetuerit. Quod si plus consumpserit, de suis bonis sarciet. Si non possit, ad eius quartæ persequutionem dantur vindicatio, & actio hypo-

patrimonii, quod heres proprium habuit, distribuatur. Has conditiones idem Papinianus posuit, boni viri arbitrium illud interpretatus, in *d. L. Titius. 54. ad Trebell.* & *d. L. 3. §. nonnunquam. D. de usur.*

XIII. Bona fide deminuere intelligitur, qui ad victum suum, & familiæ tantum consumit, quantum satis est, & dignitati, ac conditioni personæ convenit. Extra victum, qui res distrahit aut conditione rerum ita exigente, aut urgente necessitate æris alieni: veluti, si distrahat iumenta sumptuosa, res tempore deteriores futuras, aut res alioqui utiles, sed dissolvendi æris alieni caussa, quod sub pœna, aut pignoribus debeatur. *L. Aristo. §. ultim. L. ait.* versic. *in caussæ. D. de iur. delib.*

XIV. Quod dicit de erogationibus, quæ ex hereditate factæ sunt, pro modo utriusque patrimonii dividendis, huiusmodi est. Trecenta sunt in hereditate; centum in bonis heredis; heres centum deminuit de hereditate, & bona fide consumpsit in usus suos. Dicimus, hæc centum non decedere solida de hereditate; sed tres partes expensas hereditati ferri, quartam heredis patrimonio: scilicet, ut septuaginta quinque solum imputentur hereditati, quasi inde erogata, viginti quinque pertineant ad patrimonium, & onus heredis; quæ proinde ab illo restitui debeant.

XV. Iure eadem deminutio concessa est in iis actionibus, quæ competunt ad usuras, aut pensiones rerum locatarum, & similes accessiones. Nam actio ipsa a defuncto, aut hereditate profecta hereditaria est, & quamdiu nihil inde exactum est ab herede, una cum cæteris rebus hereditariis restitui debet. At usuræ ipsæ, & pensiones si ab herede exactæ sint, placet, eas, ut fructus ex rebus hereditariis perceptos, fieri heredis proprias, nec cogi eum restituere. *L. postulante. 44. §. ult. L. deducta. 58. §. qui post. D. ad Treb.* Hoc autem nihil aliud est, quam illarum actionum deminutionem concedere, ut tamen propterea non teneatur heres. Nam qui dicit ista exigi posse ab herede, dicit posse iure. Nec possunt iure, nisi ab eo, cui debita fuerunt, cui proinde solvendo debitores liberentur. Neque vero liberantur debitores, nisi sublata istarum rerum actione.

XVI. Hac potestate deminuendi heredi non permissa, ut evenit extra suprascriptas caussas, manebit certi iuris sententia. Quæcumque facto suo deminuit heres de rebus hereditariis, quæcumque deteriora fecit, earum rerum nomine ita eum teneri, ut si res integræ exstarent, & hactenus deminutionem fideicommissario non nocere. *d. L. si heres institutus. 70. §. 1. ad Treb.* Sed olim aliis in rebus deminutio heredis poterat nocere fideicommissario. Nam si heres antequam fideicommissam hereditatem restitueret, alienaret quid ex hereditate, aut servum hereditarium manumitteret, rata fuit alienatio, & manumissio. *L. quidam. 25. §. penult. d. L. si heres. 70. §. 1. ad Treb.* Et hanc veterem dispositionem fuisse scribit Iustinianus in *L. ult. §. sed quia nostra. C. com. de leg.* Ius contra ab eo eadem lege constitutum de omnibus legatis & fideicommissis. Cavit enim, si pure, aut in diem relicta sint, ne quid de his rebus possit heres in alium 3 transferre, aut oppignorare, aut manumittere; & in summa, ne quid in his facere domini iure, quem Iustinianus pro domino non habet.

XVII. Quod si sub conditione relicta sint: quia pendente conditione heres dominus est, a quo nondum dominium recessit, *L. & post. §. 1. D. fa. er.* Non potuit iure effici, quin per id tempus si quid alienaret heres, vel oppignoraret, rata esset alienatio, & oppignoratio. Sed si conditio postea exsistat, iubet, retro versus irritam esse alienationem, quasi nec ab initio processisset. *d. L. ult. §. sin autem. C. com. de leg.* Unde intelligemus, quæ ex iure vetere in contrariam sententiam legimus in *d. L. quidam. §. penult.* & *d. L. 70. §. 1. ad Treb.* sic accipi debere, ut sint emendata constitutione superiore Iustiniani. Nec dubitamus id affirmare, quasi non satis id cautum sit ea constitutione. Aperte enim Iustinianus profitetur, se, quod constituit, adversus veterem dispositionem constituere: id est, adversus ea, quæ iure vetere de ea re disposita erant, *in §. sed quia.* Excipiemus tamen etiam post constitutionem Iustinia-

hypothecaria. Quatuor tamen casibus & imminutio illius quartæ permissa est, qui ex *d. Nov.* 108. peti possunt, Don. noster *ad d. auth. Contra n. 1. & 2.* de quib. & Gail. 2. *Obs.* 273. De deminutione rerum, quando ad heredis, & quando ad fideicommissarii onus pertineat, pluribus Peregrin. *de Fideicom. Art. 10. n. 27. & seqq.*

3) Si tamen ignorans quis emerit rem fideicommisso subiectam, fieri dominum irrevocabiliter putat, Rainal. Cors. 3. *Indag.* 7. eius rei plures rationes reddens, quarum potior ea, quod emptio sit titulus onerosus, ideoque emptoris, certantis de damno vitando, melior debeat esse conditio, quam fideicommissarii, qui de lucro captando. Sed, Don. noster ad *d. L. ult. §. 2. n. 2.* & Gail. 2. *Obs.* 137. *n.* 10. videntur ignorantiam oneris fideicommissi in utroque herede, ac emptore exigere, ut alienatio valeat.

ftiniani ea, quæ ex fide, & officio administrationis distracta sunt ab herede. De quibus iam in eo membro distinctionis, quod sequitur, dicemus.

XVIII. Si ergo negligentia heredis, non facto, res hereditariæ perierint, aut deteriores factæ sint, quod erat tertium membrum distinctionis propositæ: refert, quæ fuerit negligentia. Si lata, tenetur heres; si levis, non tenetur. Hoc in *L. mulier.* 22. *§. sed enim. D. ad Treb.* Et *levem* Ulpianus illic describit eam, cum heres peccavit consueta in suis rebus negligentia. Ex quo intelligimus, *latam* ab eo dici, cum heres in rebus hereditariis curandis, & administrandis non adhibet bonam fidem, id est, eam diligentiam, quam potest, & in suis solet. Quæ & definitio expressa est in *L. quod Nerva. D. dep.*

XIX. Sit ergo eius negligentiæ, quam ab herede in hereditate fideicommissaria præstari volumus, hæc lex, & regula, ut eius æstimatio duci debeat ab eo, quod heres pro suo captu in rebus suis gerere consuevit, ac de ea re ita iudicetur. Animalia sua curavit heres, neglexit hereditaria, & ob id perierunt; coluit agros suos, neglexit hereditarios; exigit nomina sua, non convenit debitores hereditarios; interim aut actio tempore finita est (nam actionem negligentia heredis tempore finiri, & per quod tempus ipse non egit, cum posset, id tempus imputari fideicommissario constat. *L. si heres institutus.* 70. *§. ult. ad Treb.*) Aut desierunt debitores esse solvendo; res suas, quæ mora deteriores futuræ erant, in tempore distraxit, ut vina, frumenta, fructus, hereditarias corrumpi passus est. Dicemus, eum istarum omnium rerum nomine teneri. Contra neglexit res hereditarias; sed neglexit similiter & suas. Levis hæc negligentia est; cuius nomine non tenetur, etiamsi alius diligens paterfamilias non idem facturus fuerit. *d. L. mulier. §. sed enim.* Neque priori parti contrarium est, quod Papinianus scribit in *L. deducta.* 58. *§. 1. ad Treb.* Nominum periculum ad heredem non idcirco pertinere, quod heres a quibusdam pecuniam exegerit. Nominum enim periculum est, ut ante dixi, non si debitores quovis modo desierint esse solvendo, sed si casu repente facultatibus lapsi sint, aut ita occulte, ut ab exteris casus non intelligeretur. *d. L.* 5. *§. nunc videndum.* & *§. seq. com.* Hoc sane periculum non præstat heres; sed hoc ad negligentiam eius non pertinet. Non obstat, quod idem heres a quibusdam pecuniam exegit. Nihil enim prohibet, quo-

minus a quibusdam exigat, quia nolit longius iis credere, aut quia diffidat ipsorum facultatibus: ab aliis autem nullam caussam habeat, cur sibi metuat, aut debeat illis esse molestus; unde & ab eo culpa absit, si ab his non exegit.

XX. De negligentia levi, quod negamus hanc præstandam ab herede in hereditate fideicommissaria, videri potest adversari iuris certi definitioni, qua traditur, cum in contractu utriusque utilitas versatur debitoris, & creditoris, debitorem in re debita asservanda præstare debere & dolum, & culpam, & quidem *levem. L. si ut certo. §. nunc videndum. D. com. L. si servus.* 108. *§. cum quid. D. de leg.* 1. Ex hoc genere esse communionem rerum scriptum est in *L. contractus. D. de regul. iuris.* Sed maxime huius generis esse constat eam obligationem, quæ inter heredem, & fideicommissarium intercedit; in qua hereditatis administratio ad utriusque utilitatem perspicue pertinet: heredis propter quartam, quam retinet, habetque in rebus hereditariis cum fideicommissario communem; item propter usum rerum hereditariarum, quem sæpe habet ad certum tempus; fideicommissarii, propter hereditatem, quæ illi restituenda est. Ut videatur, dici debuisse ex superiore definitione, si quid perierit in rebus hereditariis etiam levi negligentia heredis, damnum heredis esse oportere. Et vero ita dicendum fuit, si eam regulam hic sequeremur. Sed in hac specie non sequimur; & generaliter in omni communione, omnique obligatione, in quam quis cum alio non sua sponte incidit, sed casu, aut coactus, & propter partem suam caussam habet gerendi: ubi necessitas gerendi iustam excusationem habet, ne ab eo plus exigatur in alienis rebus, quam in suis captu pro suo præstare potest, & solet. Quod in communione rerum hereditariarum inter coheredes constituta confirmatur in *L. heredes. §. non tantum. D. fa. erc.* sed addita ea ratione superiore, quæ ad omnes species similes pertinet.

XXI. Sed ut maior diligentia non exigitur ab herede in tractanda hereditate fideicommissaria, quam quantam præstare solet in suis rebus: saltem hoc relinquitur, ut eamdem in rebus hereditariis præstare debeat. Hæc obligatio facit, ut si quid necesse sit distrahi de rebus hereditariis natura rerum, aut utilitate hereditatis ita exigente, non tantum possit heres distrahere, sed etiam debeat, ut si res mora deteriores futuræ sint, aut æs alie-

num urgeat. Quod si potest, & debet, perspicuum est, si fecerit, [4] ratam esse alienationem. Non enim potest, nisi quia potest iure. Quod si iure, nihil illi deest ad alienandi potestatem. Nam & summo iure heres ante restitutam hereditatem rerum hereditariarum adhuc dominus est.

XXII. Unde quæsitum de evictione istarum rerum, si forte reperiantur postea esse alienæ. Placetque, periculum evictionis non ad heredem qui bona fide rem gessit, sed ad fideicommissarium, cuius de re agitur, pertinere; ideo & in restituenda hereditate caveri heredi oportere, si quid ex his evictum esset, id a fideicommissario præstitum iri. *L. de evictione*. 69. *D. ad Trebellianum*. Necessaria cautio heredi ideo, quia cum ipse vendiderit, obligavit se ipse emptoribus de evictione. Quam obligationem facto suo contractam postea invito adversario defugere non potest. *L. procurator qui pro evictione. D. de procurat. L. sicut. C. de obligat. & action.* Non impedit has alienationes superior Iustiniani constitutio, quæ res restitutioni obnoxias alienari ab herede vetat. Inhibet enim constitutio alienationes non necessarias, non eas, quas officii ratio, & fides ab herede exigit. Inhibet alienationes ab avaritia, & cupiditate lucri profectas. *d. L. ultim. §. sin autem. C. de iur. del.* Superiores autem alienationes fideicommissi servandi caussa comparatæ sunt, non minuendi; fideicommissarii caussa, non heredis.

XXIII. Ex his apparet, quam fuerit hoc loco necessaria commodorum hereditariorum explicatio, quæ in fideicommissi restitutionem venire, aut non venire volumus. Licet enim animadvertere ex his, quam multa commoda contineantur verbis senatusconsulti, quibus placet, actiones, quæ heredibus dari solent, ad fideicommissarium transire; quæ tamen commoda non statim ex his verbis occurrant. Et rursum quam multa commoda non veniant in restitutionem, multoque minus transeant ad fideicommissarium, quæ nihilominus constat verbis senatusconsulti contineri.

CAP.

4) Ut & valeat, licet testator expressim alienationem vetuerit, si alia bona non sufficiant per *L.* 114. §. 14. *de leg.* 1. *L.* 9. *de fideicom. libert.* Gail. *d. Obs.* 137. *n.* 4. De alienatione rerum fideicommissariæ hereditatis quando valida, pluribus Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 40. & 41.

C A P. XXVIII.

Quæ onera, incommodave vicissim restituta hereditate, in fideicommissarium transeant.

Incommoda hereditatis omnia in fideicommissarium transeunt. I.
Actionis tamen ante restitutionem institutæ exsecutio adversus heredem manet. II.
Legata, & fideicommissa proportione competenti transeunt in fideicommissarium, nisi rogatus sit heres, his deductis, restituere: eaque deduci possunt, quæ peti poterant. III.
His deductis, heres quartam detrahit non ex solo fideicommisso, sed ex legatis, & fideicommisso coniunctim. IV.
In præstandis legatis ab herede relictis fideicommissarius iure heredis utitur, & Falcidiam retinet. V.
Nisi heres, cum eam deducere posset, remiserit, neque eo animo, ut esset in fideicommissarium liberalis. VI.
Quæ legata heres solida præstaturus esset, eadem & fideicommissarius integra præstat, licet nihil reliquum futurum. VII.
In legatis vero a se relictis Falcidia non utitur. VIII.
Quid si eam heres detraxit. IX.
Ad fideicommissarium transeunte iure accrescendi, etiam onus accrescentis portionis ad eum transit. X.
Cum omnes actiones in eum transeant, quid si actio aliqua aditione confusa. XI. XII.

I. INcommodorum hereditariorum facilior in hac specie ratio est. Omnia enim pariter in fideicommissarium cum hereditate transeunt. Ea tria esse supra diximus: æs alienum defuncti & hereditarium; legata, & fideicommissa ab herede relicta; onus accrescentis portionis. Æri alieno, seu creditoribus hereditariis pro ea parte, quæ restituta est, [1] tenetur fideicommissarius translatis in eum actionibus ex senatusconsulto. *L. 1. D. ad Trebel. L. 1. C. eod.*

II. Sane si ante restitutam hereditatem instituta aliqua actio sit a creditoribus hereditariis, etiam post restitutam hereditatem iudicii eius exsecutio adversus heredem manebit. *L. Lucius. 78. §. penult. D. ad Trebell.* Sed hoc, quia nova iudicati actio eo iudicio cum herede contracta est. *L. 3. §. idem scribit. D. de pec.* Quam sive suo nomine, sive pro fideicommissario suscepit heres: tamen quia suscepit, onus eius, ut ante dixi, invito adversario frustra recusat. *L. procurator qui pro evictione. D. de proc. d. L. sicut. C. de obl. & act.* Ideo autem in fideicommissarium non transfertur, quia cum neque a defuncto, neque ab hereditate profecta sit, non potest esse hereditaria. Nihil autem venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, nisi quod est hereditatis. *L. in fideicommissariam. 18. §. 1. ad Treb.*

III. Legatorum quoque, & fideicommissorum onera [2] pro portione competente in fideicommissarium transire constat:

1) Et si ante restitutionem solvit heres creditoribus, repetit a fideicommissario pro parte, qua restituit, ut si dodrantem, repetit pro novem unciis *d. L. 1. C. h.* actione negociorum gestorum, ut Accurs. *in d. L. 1.* Obiic. Atqui tunc fideicommissarius nondum fuit obligatus. Ergo nec liberatus dici potest, ideoque nec negocium eius gestum. Resp. Donell. noster *ad. d. L. 2. n. 4.* Liberatus est si non præsenti tempore inspecto, tamen in effectu; & *n. 5.* Resp. negociom gessisse fiduciarium, non quia fideicommissarium liberavit solvendo, sed quia locupletiorem fecit hereditatem. Ergo, per *L. 2. de negoc. gest.*

2) Nam pro quadrante, quem fiduciarius retinet, etiam onus legatorum ad eum pertinet. Errantque Accurs. *in L. 1. §. ult. D & L. 1. C. h.* ac DD. vulgo Guid. Papæ *Decis. 296. & ibi in not.* Iac. Ferrer. volentes, fideicommissario soli legata in solidum præstanda esse. Quos sequitur P. Greg. *42. Synt. 31. n. 3.* sed recte refellit noster *ad L. 2. C h. n. 4. & seq.* his rationibus 4. quia pro competenti portione spectat præstatio hæc ad fideicommissarium. Ergo pro. alia ad heredem. Regerit Accurs. ibi heredem iussum fuisse dimidium restituere, per verba *d. L. 2.* Pars restituitur. Resp. Donell. *n. 5.* Partis nomen non semper significat dimidiam. In *d. L. 2.* additum est verbum aliud ex quo intelligitur, quæ pars significetur. Nam quæ prius dicitur simpliciter, Pars, postea pars *competens*. Hæc autem est dodrans. 2. Legatum, per illius definitionem, est onus heredis. At fiduciarius quoad quartam & nomine, & reipsa heres est. 3. Quia SC. Trebell. cavit, ut in quos ius, & fructus transirent, in eos & onera, *L. 1. §. 2. D. h. t.* Ergo catenus, quatenus &c. 4. Generaliter dicuntur actiones scindi *§. 9. I. h. t.* Obiic. *L. 1. §. ult. h.* Resp. Don. *n. 6.* ibi tota hereditas restituitur. Nam quoties restituenda est deducta certa re, vel summa, integrum onus est fideicommissarii non tantum legatorum, sed & æris alieni *d. §. 9. I. h.* ibi *sine ullo onere, &c.* (& sic non iuvat DD. sententiam *d. §. ult.* Nam illi certe omnes fatentur, onus æris alieni pro rata quartæ manere apud fiduciarium.) Obiic. *L. ult. C. h. t.* Resp Don. *ad d. L. 2. n. 7. & ad d. L. ult.* Ibi tota hereditas restituta est sponte ab herede, & ratio dubitationis in eo, an pro parte quarta, quam remisit, potuerit a se reiicere onera in fideicommissarium. Facit *L. 45. D h t.* Contra A. Fab. *11. de Err. Pragm.* 10. separandum esse hic caussam æris alieni a caussa legatorum. Rationes illius hæ: 1. Non sicuti legitima, non nisi deducto ære alieno debetur, ita & Tre-

stat: idque iisdem senatusconsulti verbis efficitur. *L. 2. L. ult. C. ad Treb. L. 1. §. ult. L. 2. D. eod.* Hoc tamen ita, nisi rogatus sit heres hereditatem restituere deductis legatis. Tunc enim deducit ipse, facitque deducendo, ne legata perveniant ad fideicommissarium; dum intelligamus, in his ea sola deduci posse, quæ peti poterant. *L. cum heres. 51. D. eod.*

IV. His autem deductis, placet, heredem quartam detrahere non posse ex solo fideicommisso, sed detrahere debere [3] tam ex legatis, quam ex fideicommisso, *L. 2. in fi. L. 3. §. item eod.*

V. Enimvero ita legatorum onus in fideicommissarium transit, ut is in his vel minuendis, vel solidis præstandis iure heredis utatur. Itaque potuit quartam de legatis retinere heres? poterit & fideicommissarius, quamvis heres coactus adire hereditatem restituerit. *L. facta. 63. §. si cum suspectam. L. 3.* in princ. illic, *quod si. D. eod.* Idem multo magis dicendum est, si heres sponte adivit, & restituit.

VI. Hactenus tamen, nisi is ita restituerit, ut quartam, quam de hereditate deducere poterat remiserit fideicommissario. Tum enim placet, nec fideicommissarium de legatis, aut fideicommisso secundo quidquam detrahere posse, nisi forte heres remiserit hoc animo, ut vellet hanc liberalitatem ad fideicommissarium pertinere. [4] *L. 1. §. inde Neratius. eod.*

VII. Finge e converso legata ab herede ita relicta, ut si ea præstaret, non posset ex lege Falcidia quidquam de his detrahere. Eodem iure utetur in his & fideicommissarius, solida ut præstet, quæ heres solida esset præstiturus; quamvis his solutis, nihil reliquum futurum sit ex fideicommisso. Tantum hoc excipitur, ne hic plus cogatur præstare fideicommissarius, quam ad eum ex hereditate pervenerit. Quod quale sit, declaratur specie ex facto proposita in *L. 1. §. si is qui quadringenta. eod.*

VIII. Sed hæc de legatis ab herede relictis dicta sunt. Ipse quidem fideicommissarius si quid ab eo relictum sit, quasi relictum sit a legatario, in eo legis Falcidiæ beneficio non utitur. *L. facta. 63. §. si cum suspectam. eod.* IX.

Trebellianica; quia illa bonorum, quæ nunquam damnosa, hæc hereditatis, portio. Resp. Non video, quomodo hæc ratio conveniens, nisi ut inde probetur, onus æris alieni innexum esse Trebellianicæ, quod non est legitimæ, de quo his nulla. Quoad legata autem inversione uti licet. Trebellianica est portio hereditatis. Quare ei omnia onera adhærent, inter quæ etiam sunt legata. 2. Testator creditur voluisse, cum onere legatorum restitui, *L. 2.* ibi *quia præsumptum. h. t.* Resp. Recte. Sed aut voluit dodrantem restitui, & eatenus onerare voluisse censendus est, quatenus honoravit, arg. *L. 24. h. t.* aut integram hereditatem, & tunc minime omnium dici potest, iuvari voluntate defuncti fiduciarium, ut onere legatorum vacantem habeat, quadrantem, quem testator nihil omnino habere voluit. 3. Heres quando deductis legatis restituit, Falcidiam deducit tam ex legatis, quam ex fideicommisso *L. 3. §. 2. h.* Si igitur per Trebellianicam legata minuuntur, quomodo minuere eam possunt. Resp. Casus ille diversus est, ut & noster agnoscit Nam tunc immo nihil oneris legatorum ad fideicommissarium transit, enim tamen hic quæratur, an onus legatorum omne is agnoscere debeat. Ac confundit Faber Trebellianicam cum Falcidia. Illo enim casu Falcidia deduci scribitur *L. 51. h. t.* Denique non dicimus, Trebellianicam minui per legata, sicuti nec minuitur per æs alienum, sed onerari. Nam si minueretur, pars ei decederet. Nec dici posset, etiam fideicommissarius dodrantem hereditatis habere, si legata (sive ad eum in solidum cum Fabro, sive pro rata, nobiscum, pertinere asseras) eum minuerent. Minuuntur sic bona hereditaria, non partes assis hereditarii, cuiusmodi est Trebellianica. 4. Fideicommissarius satisdat legatorum nomine *L. 4. Ut leg. no. cau.* Resp. Recte. Si sit apud eum hereditas, satisdat, inquit Ulp. *d. L. 4.* Ergo si tota est, ratione totius, de omnibus legatis; sin pars, ratione partis *L. 76. de iudic.* Quod & aperte traditur in *L. 15. §. 1. d. tit.* ut plane mirandum sit, *eum ipsum* §. Fabrum adducere, qui tamen seipsum feriens, scribit tum fideicommissarii solius esse cavere, &c. cum sine deductione hereditas restituitur. Denique *L. 2. C. h. t.* Resp. Faber eam secundum tempus, quo lata, non posse de alio casu accipi, quam quo ex voluntate testatoris pars tantum hereditatis restituta est ex SCto Trebell. quæ quartæ deductionem heredi non dedit. Tunc autem si partem quis restitueret, pro reliqua legatariis, & creditoribus obstrictum fuisse. Sed postquam SC. Pegasianum quartæ retinendæ facultatem tribuit, inductum esse, ne heres ullam partem legatorum præstet. Sed videtur hic *ἀνεσποσία* labi, quasi SC. Pegasianum fuerit posterius Imp. Philippo, quem tamen plurimis annis præcessit, &c.

3) Species sic ponenda videtur, ut hæc, quæ impeditiora sunt, rectius percipi, & menti infigi possunt. Finge in hereditate esse 800. Legatariis relicta 600. Rogatus reliquum deductis legatis hereditatem restituere, atque ita quod heres mansurum, erat videlicet 200. Quær. An integra legata præstanda, ut de residuis tantum 200. quæ fideicommissario debet, detrahat quartam videlicet 50. an vero quartam de omnibus bonis deducat, ut habeat 200.? Dubitatio inde. Si simpliciter rogatus esset restituere in præsenti specie, non plus in effectu consequeretur heres quam 50. Restitueret equidem dodrantem, id est 600., ipse pro suo quadrante retineret 200. Uterque tamen pro rata esset obnoxius legatariis, etiam fiduciarius, per deducta *N. praced.* Neuter etiam Falcidia uti posset, quia pro qua quisque parte heres esset, pro ea haberet dodrantem. Peterent enim legatarii 450. a fideicommissario, & 150. ab herede, & sic ille 150. hic 50. retineret, ideoque illi quarta Falcidia suarum novem unciarum, huic eadem trium unciarum salva maneret. Sed placuit Aristoni, potiorem hic debere esse conditionem eius, qui deductis legatis, quam eius, qui simpliciter gravatus est restituere. Quod rationem habet, quia in hac specie præstatio legatorum onus solidum heredis. Convenit igitur ei commodum Falcidiæ ratione omnium legatorum non adimi. Quæ tamen Falcidia non ex solis illis (ne iniuria fiat legatariis, & fideicommissarius lucro indebite afficiatur, qui parte oneris sublevatus plus consequeretur, quam altero casu, quo præstandi legata, pro dodrante suo, molestiæ obstrictus esset, retineret.) sed & simul ex fideicommisso deducitur. Quare in hypothesi, quam posui 200. illa deducet heres, ut legatariis detrahat 150. fideicommissario 50. At siccine duplicis quartæ deductioni locus, ceu videtur Interpretibus? Minime vero. Nihilo enim plus, quam unam quartam hereditatis in proposito habet heres. Quod si seorsim Falcidiam ex legatis, Trebellianicam ex fideicommisso deduceret, non haberet 200. sed 250. At quomodo Falcidiæ locus ubi supra dodrantem nihil legatum. Resp. Lex Falcidia, ut verba ejus sunt, non tam vetat supra dodrantem legare, vel infra eam permittit, quam vult heredi dodrantem salvum esse, in compensationem videlicet onerum, & molestiarum. Quare quia in præsenti integra onera ei subeunda ratione legatorum, integrum ei debet servari commodum. Commodius autem nequit, quam ea, qua expositum est, ratione.

4) Ubi vocula *heres* sine caussa deletur ab Hotom. 7. *Observ.* 13. verbum *voluit* de testatore interpretante.

IX. Si tamen adversus fideicommissarium quartæ retinendæ beneficio usus sit heres, placet, fideicommissarium eo minus quoque de eo quod a se relictum est, præstare debere, ne ipse de suo damnum sentiat. *d. L. facta. §. si Titius.*

X. Portionem deficientem coheredi, qui suam partem agnovit, cum suo onere accrescere supra diximus. *L. unica. §. in his. C. de cad. tol.* Quapropter si ad fideicommissarium transit ius accrescendi, ut transire ostendimus: etiam ad cum onus portionis accrescentis transeat, necesse est. Continentur autem hæc omnia his verbis senatusconsulti, quibus placet, ut actiones, quæ in heredes dari solent, restituta hereditate, in fideicommissarium transeant. *L. 1. ad Treb.* Nam superiorum omnium incommodorum actiones in heredes dantur.

XI. Sed cum omnes actiones transire dicamus ad fideicommissarium, tam quæ heredi, quam quæ adversus heredem dantur: ibi quidem quid fieri possit, & debeat, expedita ratio est, si qua actio heredi iam facto, aut in heredem vere competiit. At quid fiet, si qua heredis aditione confusa est? Dicemus etiam hanc fideicommissario, & in fideicommissarium dari restituta hereditate, quasi & ipsam senatusconsulto restitutam. Exemplo erunt actio heredis, qui olim creditor fuerit defuncti, & servitutes aditione confusæ. Propone hoc modo. Testator instituit heredem creditorem suum, & rogavit, ut restitueret hereditatem Titio. Heres adivit hereditatem: qua aditione actio, quæ illi adversus defunctum, ac deinde adversus hereditatem competierat, confusa, amissaque est. *L. penult. D. ad Trebel. L. debitori. C. de pact. L. Stichum. §. aditio. D. de sol.* Quæro, restituta hereditate Titio, utrum vetus actio detur heredi adversus fideicommissarium. Movet, quod actio per aditionem amissa, non potuit competere in heredem. Verba autem senatusconsulti facere videntur, ne qua actio adversus fideicommissarium detur, nisi quæ prius adversus heredem defuncti data sit. Rursum incommoda omnia hereditaria in fideicommissarium transire diximus. Onus autem hereditarium est æs alienum, quod debuit defunctus heredi. Nam & vivus vere ei debuit, &, mortuo eo, hereditas in id ius successit. Dicimus, amissam prius actionem restituta hereditate etiam restitui heredi, ut non minus detur in fideicommissarium, quam si amissa non esset. Idque esse interpretor, quod Claudius in *d. L. penult. ad Treb. in fin.* ait in hac specie, confusione quidem hereditatis confusam obligationem intercidisse; sed fideicommissi repetitionem esse. Non intelligit haud dubie his verbis repetitionem, qua heres repetat fideicommissum. Hæc enim petitio non competit heredi, cui fideicommissum relictum non est: & si relictum esset, non tamen in id, quod illi debebatur, competere potest, quia non potuit ei relinqui actio ab eo, qui eam non habuit; multo minus ei, cuius fuit propria. Restat igitur, ut repetitionem vocet, novam, & repetitam petitionem, quæ detur heredi de eo, quod ante aditam hereditatem illi a defuncto debebatur. Repetitam, quia prius competere desierat, & nunc iterum datur senatusconsulto restituta. Appellat autem repetitionem fideicommissi, non quæ sit de fideicommisso, sed quæ beneficio fideicommissi competat ex senatusconsulto. Incipit enim competere quia hereditas restituta est. Tantum autem abest, ut refragentur senatusconsulti verba, ut his efficiatur potius, quod dicimus. Non enim dicitur in senatusconsulto, actiones in fideicommissarium transire, quæ in heredem dantur; sed quæ in heredem dari solent. Ar in hac specie dari solet in heredem ea actio, quæ olim heredis fuit; & nunc quoque daretur adita ab herede hereditate, nisi, præter ius heredis, hoc accessisset, ut idem heres esset creditor. Denique restituta hereditate perinde habetur heres, quasi heres non esset, nec unquam fuisset. Fideicommissarius autem heredis loco habetur. *L. postulante. 44. §. ult. circa fi. ad Treb.* Quod si fideicommissarius fuisset heres, hæc actio heredi non fuisset amissa; quippe qui heres non extitisset. Quare & nunc, restituta hereditate, sic senatusconsultum habebit hanc actionem, quasi amissa non esset. Quod ita fiet, dum ipso iure restituetur heredi per senatusconsultum.

XII. Id certius etiam intelligetur in servitutibus aditione confusis. De quibus extat hæc definitio Mæciani in *L. si heres pecuniam. 73. §. ultim. eod.* restituta hereditate, servitutes, quas mutuo prædia heredis, & testatoris habent, nihilominus valent. Atqui cum heres, cuius prædio debebatur servitus a prædio hereditario, aut contra, hereditatem adivit, ubi idem dominus esse cœpit utriusque prædii & servientis, & dominantis: aditione amissa est servitus. *L. si quis ædes. D. de ser. urb. præd.* Sed restituta hereditate etiam restituitur vetus actio, ut per-

perinde valeat, quasi nec esset amissa. Quæ res facit, ut servitutes ipsæ nunc nihilominus valeant. Dixit autem Mæcianus, nihilominus eas valere; ut intelligeremus valere iure; nec necesse esse iterum servitutem imponi ab eo, cuius prædium servitutem debuit. Alioqui illo non imponente, (quod facere potuit) servitus non valeret, ut ille definit. Videamus, quam conveniat hoc cum [5] *L. in omnibus. D. de ser.* si fundus defuncti qui servitutem debebat fundo heredis, legatus sit alicui sub conditione: constat, si interim adeat heres hereditatem, quia is incipit utriusque fundi esse dominus, amitti servitutem confusione. Quod si, existente postea legati conditione, heres fundum legatum præstet legatario, illic traditur, non restitui servitutem; eoque nec valere, nisi eam legatarius iterum imponat; & ut patiatur iterum imponi, nocituram ei doli mali exceptionem. Nihil hic contrarium. Multum enim interest, utrum fundus hereditarius serviens legetur alicui, an vero hereditate per fideicommissum ei relicta is fundus in fideicommisso inveniatur. In legatis nulla lex est, quæ servitutem heredi omissam restituat in legatarium; nulla actio, quæ hoc nomine legatarium teneat. Legatum enim nulli oneri, quod a testatore impositum non sit, est obnoxium. *L. si hereditatem. D. mand. L. ultim. C. de hered. action.* Ideo si nulla fuit actio de servitute ante præstationem fundi, ne postea quidem esse poterit, nisi hanc legatarius sibi imponet, aut prædio. At in restitutione hereditatis fideicommissaria est senatusconsultum Trebellianum, quod actiones heredi propter aditionem amissas ei restituta hereditate in fideicommissarium restituit. In quibus actionibus fuerunt eæ, quæ illi ante aditam hereditatem de servitute competebant. Nec vero de servitute potuerunt restitui, nisi servitute prius restituta; cum non in personam essent ad servitutem imponendam, sed in rem ad servitutem impositam vindicandam. *L. 1. L. 2. D. si ser. vind.*

CAP.

5) Ad quam *L.* vid. A. Fab. 20. *Coniect.* 12. ubi sentit, differentiam fuisse inter legata vindicationis, in quibus per aditionem servitutes non confusæ fuerint, cum earum dominus heres nunquam effectus sit, & damnationis. Sublataque hodie differentia, nunquam confundi servitutes debitas fundo legato. Cui consentit fere Ioan. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C.* 9. *n.* 27.

CAP. XXIX.

Hereditatem ex fideicommisso sic restitui, ut quarta apud heredem manere debeat ex Trebelliano: nisi sint, qui hoc beneficio non utantur, sive quod ab initio non habeant, sive quod cum habuissent, amiserint; Et qui in hoc numero.

Si vel tota hereditas, vel tota pars alicuius heredis restitui iussa est, utrobique quarta detrabenda. I.

De hac quarta sex quæstiones; & quæ sint. II.

Quidam hoc beneficio quartæ non utuntur; quorum alii ab initio id non habent, alii cum haberent, amittunt. III.

Ab initio non habent quidam iure communi, *non nulli* iure singulari. IV.

Iure communi qui non habeant. V.

Olim vetari non poterat, hodie potest ex constitutione Iustiniani. VI.

Si vetita, eam heres, si sponte adiit, non retinet. Quid si nolit adire. VII.

Princeps hereditatem, non deducta quarta, restituere rogatus, eam non retinet. VIII.

Sicuti nec institutus a milite. IX.

Tres sunt, qui beneficium retinendæ quartæ quod haberent, amittunt. X.

Qui coactus adiit. XI.

Nisi intra tempus deliberationis coactus sit. XII.

Quid de eo, qui primo recusans, petiit tempus deliberandi, post sponte adeat. XIII.

Item eam amittit qui totam hereditatem restituit sciens *vel* errore iuris. *Secus si* errore facti. XIV.

Quæ quarta repeti non poterat quo nam modo per retentionem aliarum rerum hereditariarum queat ab herede recuperari. XV.

Denique & ille amittit, qui, impetrato tempore ad deliberandum, non confecit inventarium. XVI.

I. Quid transeat in fideicommissarium, sive de commodis hereditariis, sive de incommodis agatur, dictum est. Quantum transeat, videamus, qui sequens erat locus, de quo in hac translatione cognosceremus. In quo hoc quæritur, quantum apud heredem maneat, quantum in fideicommissarium transferatur. Et utcumque tota hereditas, aut tota pars alicuius heredis restitui iussa est: pariter hoc tributum est heredi senatusconsulto, ut quarta apud eum manere debeat. §. *sed quia heredes. Instit. de fid. her.*

II. Quo iure posito, multa circa hanc quartam quæri cœperunt. Ac sex sunt fere, atque hoc ordine de hoc genere quæstiones. Prima, an semper quartam retinere possit hic heres. Secunda, cum potest retinere, possitne unam tantum, an aliquando plures. Tertia, si unam tantum, quanta ea esse debeat pro quantitate patrimonii, & hæc quantitas quomodo, ac quo ex tempore sit æstimanda. Quarta, quæ in eam quartam, quæ esse debet, imputentur, ut, his collatis, dicatur heres quartam sibi debitam habere. Quinta, nihilne præter quartam habeat heres præcipuum, quod de hereditate retineat. Postrema, pro iure huius quartæ, sive hæc retineatur, sive non retineatur, quæ onera hactenus heredem sequantur. De quibus dicam breviter eodem ordine.

III. Et ut ab eo, quod hic primum est, ordiar: iam dixi senatusconsultum ita scriptum esse, ut quarta manere debeat apud heredem. Sed hoc sic accipiendum est, nisi quid eodem senatusconsulto, vel aliis partibus iuris excipiatur. Neque vero omnes hoc beneficio utuntur. Quorum duo sunt genera. Sunt, qui ab initio id non habeant. Sunt, qui cum habuerint, amittant.

IV. Ab initio non habent quidam iure communi; nonnulli iure singulari.

V. Iure communi non habent duo: Is, quem testator quartam retinere [1] vetuit, & Princeps.

[1]) Ita Vasq. pluribus relatis *Lib. 1. de Success. creat.* §. 8. *n.* 5. *& seq. & Lib. 3. de Success. progressu* §. 26. *n.* 26. Peregrin. *de Fideicom. Artic.* 3. *n.* 85. P. Anton. de Petra *de Fideic. Q.* 15. *n.* 151. *& seq.* Hotom. 7. *Obs.* 13. P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 14. Gail. 2. *Obser.* 138. *n.* 17. Octav. Cacheran. *Decis.* 147. Matthæac. *Lib.* 4. *Epit. legat. Cap.* 14. *n.* 8. *&* 9. Maret. *Tr. Quartar.* C. 4. Contra Forcat. *Dial.* 45. Ant. Fab. 11. *de Err. Pragmat.* 6. quia Falcidiæ prohibitio minus odiosa: cum credibile sit, testatori compertum fuisse, hereditatem non sine omni lucro fore heredi. Trebel-

bus in locis etiam quæ commoda in eo infint, declaratur.

XII. Excipitur, si quis cum deliberaret de hereditate, desiderante fideicommissario coactus sit adire. Sane enim & tunc cogi potest, ne fideicommissum intercidat. Sed hac lege, ne deliberandi commodum auferatur heredi. Itaque placet hoc casu, cum adierit heres, non tamen statim cogi eum hereditatem restituere, sed posse eam retinere ita, ut, si completo tempore deliberationis, comperrerit expedire sibi hereditatem, sentiat commodum testamenti eo iure, quo si sponte adisset. Sin contra onerosam crediderit, restituta ea exoneretur actionibus hereditariis. Hoc in *L. omnes. 71. D. ad Trebel.*

XIII. Multo ergo magis eodem commodo utetur, qui primo recusans adire, petiit ad deliberandum tempus, & impetravit; deinde post tempus adiit, & restituit hereditatem. Apparet enim, hunc non adiisse coactum, sed sponte, licet post deliberationem. *L. sed etsi alio. 9. D. eod.* Sed utrumque horum hac conditione, quæ lege Iustiniani postea inducta est, si modo is, qui tempus petiit ad deliberandum, inventario prius facto, hereditatem adierit; de quo mox dicetur.

XIV. Secundo loco amittit & is, qui cum sponte adiisset, fine deductione quartæ partis 4 hereditatem restituit. *L. si heres ab eo. 68. §. ultim. ad Treb.* Quod tamen sic accipiemus, si nulla alia ratio sit eius quartæ recuperandæ, quam per actionem. Nam hanc actionem amittit heres, totam hereditatem sponte restituendo. Qui enim quam non debebat, restituit, indebitum solvit. Si sciens; donat, eoque non repetit. *L. 1. D. de cond. in d. L. cuius per. D. de reg. iur.* Si ignorans, cum sciret, se rogatum totam restituere, in iure errat. Indebito per errorem iuris soluto, cessat repetitio, & maxime in legatis, & fideicommissis. *L. error. C. ad Leg. Fal. L. pen. §. ult. D. de iur. & fac. ign.* Non obstat, quod scriptum est in *§. sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* cum nihil, aut minus quarta apud heredem remanet, licere ei, quod ad quartam deest, retinere, vel etiam repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto. Hoc enim *repetere* sic accipiendum est, ut possit repetere aliquando, non semper. Quando igitur? Cum ius concedit videlicet indebiti soluti repetitionem. Quod fit tunc solum, cum tota hereditas restituta est per errorem, ut est in *d. L. si heres ab eo. 68. §. ult. ad Treb.* & errorem non quemlibet, sed eum, qui iure pro vero errore habeatur; is autem est error facti. Veluti, si in legatis, aut fideicommissis sibi relictis se habere putans, quod quartam efficiat, aut amplius, hereditatem restituat, sed legata reperiantur adempta codicillis, qui initio latentes postea emerserint. Nam ne id quidem, quod ex minus iusta voluntate non debuit, & tamen restituit heres, aliter repetere potest, quam si per errorem solverit. *L. patronus. 60. D. ad Treb.* Et eum iustum errorem, id est, facti, ubique intelligendum esse certis locis comprehensum est. *d. L. error. C. ad leg. Falc. L. fideicommissum. C. de cond. ind.*

XV. Sed potest, quæ quarta repeti non poterat, per retentionem aliarum rerum hereditariarum recuperari ab herede, si modo sint aliæ, quæ ab herede retineri possint. Quod quomodo fiat, significatur in *L. heres. 21. D. ad Treb.* Sed paulo obscurius, ut locus egeat nonnulla explicatione. Refert igitur illic Pomponius, Aristonem dicere, posse heredem rerum hereditariarum possessionem repetere, vel nancisci, & cum nactus erit, posse eum, si forte de his rebus a fideicommissario conveniatur, adversus agentem doli mali exceptione se tueri. At quomodo potest heres repetere possessionem earum rerum, quas restituit, quarum negavimus iam ante esse repetitionem? Non loquitur Pomponius, aut Aristo de rebus a fideicommissario restitutis, sed de non restitutis, quæ sint apud alios, aut nondum in possessionem cuiusquam venerint. Hæ posteriores sine vitio ab herede occupari possunt, ut ab eo, qui restituta hereditate nihilominus summo iure heres, proinde & earum rerum dominus manserit. *§. restituta. Instit. de fid. here.* Priores quæ apud alios sunt, aut ab his debentur, potest heres suo iure repetere, atque adeo in hanc rem, ut Pomponius ibidem subiicit, denuntiare potest debitoribus, ne solvant. At quo iure? cum dixerimus, facta fideicommissi restitutione, statim omnes res in bonis fieri eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. *L. facta. 63. in princ. ad Treb.* Nascitur utrumque ex eo, quod heres, quamvis restituta hereditate, ut summo iure

4) Facit *L. 1. & L. ult. C. ad L. Falc.* Chifletius *Lib. 1. de Iur. Fideic. C. 2. cir. fin.* rationem hanc reddit, quia naturalem præstationem habuit talis restitutio. Itaque cum plenam fidem præstiterit fiduciarius, exigente naturali obligatione, repetitio impeditur. Unde hoc casu si sciens fecerit, non (sicuti alias sciens indebitum solvens) donare censetur *L. 5. §. 15. de donat. int. vir.* nec plus debito solvere *d. L. 1. C. ad L. Falc.*

iure heres permanet, ita etiam retinet directas actiones, quas prius habuit. *L. si heres institutus. 70. in pr. ad Treb.* Qui directas habet, translatis in alium utilibus actionibus, is re integra convenire adhuc debitores potest, & his denuntiare, ne solvant ei, in quem translatæ sunt utiles, & ita inhibere solutionem. *L. 3. C. de novat.* Multo facilius idem consequetur heres earum rerum retentione, quas adhuc penes se habebit post hereditatis restitutionem. *L. si ex pluribus. 16. D. ad leg. Falc.*

XVI. Postremo in eodem numero cum superioribus habetur & is heres, qui sponte quidem hereditatem adiit, nec prius hereditatem restituere vult, quam quartam receperit: sed cum tempus impetrasset ad deliberandum, per id tempus adimit hereditatem, 5 non confecto ad præscriptum Iustiniani rerum hereditariarum inventario. Etiam hunc Iustinianus ob contemptum beneficium suum voluit, solida legata, & fideicommissa præstare, & carere beneficio legis Falcidiæ. *L. ult. §. pen. C. de iur. delib.*

CAP.

5) Consentit Vasq. *Lib. 1. de Success. creat. §. 8. n. 14.* plures utriusque sententiæ authores referens Ang. Matthæac. *Li. 4. Epit. legat. L. 14. n. 6.* Valet. Guil. Forst. *Tract. Iustin. P. 1. Disp. 13 Quæst. ult.* per *Nov. 1. L. 2.* ibi *complebit legatariis, & fideicommissariis.* Contra Zoanet. *Rer. quotid. L. 24. n. 5.* Hot. 4. *Obs.* 23. 1. quia in *d. Nov. 1. L. 2.* nihil de fideicommissis universalibus. Ea igitur iuri ordinario relicta. 2. Pœna omissi inventarii convenire in eum casum non potest: nimirum: ut quantitatem rerum relictarum de suo expleat. In universalibus namque fideicommissis nulla quantitas exprimitur. 3. Fideicommissario est cautio, quam exigere potest, de qua *Tit. Ut leg. & fid. no. cau.* Si non exegerit sibi imputet (sed hæc ratio infirma, nam eidem etiam in legatis, & Falcidia locus) Et Chiflet. *de Portion. legit. L. 16. p. mihi* 849. *& seq.* quia *d. Nov. 1. L. 2.* loquatur de fideicommissis singularibus, quæ sola legatis exæquata, & Fachin. 4. *Contr.* 38. Gail. 2. *Obs.* 138. *n. 4. & seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 13. Peregrin. *Fideicomm. Art.* 3. *n.* 74. & Gomez. 1. *Var. Resol.* 5. *n.* 12. Simon de Præt. *Lib.* 3. *Interpr. ult. volun. Interpr.* 3. *Dubit.* 5. *Solut.* 6. *n.* 9.

C A P. XXX.

Quartæ Trebellianicæ quantitas ex quantitate patrimonii æstimanda, quibus non deductis, & quo ex tempore æstimanda sit. In hanc quid imputetur. Unam quartam dumtaxat retineri etiam a filio posse, non duas. Quid heres extra quartam præcipuum habeat. Idem quatenus oneribus hereditariis teneatur restituta hereditate, sive quarta ab eo non retineatur, sive retineatur.

Tres quæstiones proponuntur. I.
Quartæ Trebellianicæ quantitates *æstimantur ex patrimonii quantitate: hæc vero pro ut sunt res, quæ ab eo deducuntur, aut non deducuntur*. II. III.
In quo inter hanc quartam, & Falcidiam duo differentiæ. IV.
Cum ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum; in ratione quartæ fideicommissariæ patrimonium, quale est, nullo onere deducto æstimatur. V.
Illic spectatur quantitas patrimonii tempore mortis; hic tempore eo, quo fit restitutio. VI.
In quartam Falcidiæ imputantur solum res, quas heres capit iure hereditario; in fideicommissariam etiam legata, & fideicommissa. VII.
Item quod conditionis implendæ causa heredi datur. VIII.
Item fructus, & accessiones ante diem cedentem perceptæ. IX.
Ut in hanc quartam imputatur omne, quod iudicio defuncti capitur, ita quod non hoc iudicio, & si de bonis hereditariis capitur, non imputatur. X.
In prælegatis *si restituenda portio* deductis nummis, *puta* 100. *id omne in quartam imputatur*. XI.
Si deducto fundo, *vel* corpore certo, *idque a coherede accipitur, non imputatur*. XII.
Secus si accipiatur iure hereditario. XIII.
Quid si heres rogatus sit restituere non simpliciter, *sed* retenta quarta. XV.
Cur quod iure hereditario capitur in quartam imputatur; quod vero a coherede accipitur, non imputatur. XIV.
Unam quartam dumtaxat retineri etiam a filio posse, non duas. XVI. seqq.
An heres quædam, præter quartam, retineat. XIX.
Si non retinet heres quartam, transeunt in fideicommissarium omnes actiones sive coactus *restituit, sive* sponte. XX.
Secus si maiorem partem restituit, quam rogatus est. XXI.
Vel etiam si non debitum restituat. XXII.
At si totam hereditatem restituit, qui partem debebat, in solidum actiones transfert. XXIII.
Sin quartam retinet iure hereditario inter eum, & fideicommissarium actiones dividuntur pro portione. Quid si rogatus restituere deducta re aliqua certa, *aut* pecunia. XXIV.

I. Quod cum constabit, heredem in ea caussa esse, ut quartæ retinendæ beneficio uti possit: sequens quæstio illa est, possitne unam tantum retinere, an interdum duas. Quod posterius quæsitum est solum in filio, rogato hereditatem restituere. Sed quoniam huius rei diiudicatio pendet ex his, quæ in quartam de qua agitur, imputantur: de ea tum opportunus cognoscendi locus erit, cum de his, quæ imputantur, dixero. Interim hoc sumemus pro confesso, quod ille locus, spero, facile probabit, unam tantum quartam ab eo, qui rogatus est hereditatem restituere, etiam si sit filius, detrahi posse. Quo recepto, quæretur deinde tertio loco, quanta hæc quarta esse debeat, ut tanta apud heredem relinquatur.

II. Id vero æstimatur ex patrimonio defuncti. Ut est enim hereditas ampla, aut tenuis; ita quarta maior, aut minor futura est.

III. Quantitas autem patrimonii æstimatur varie, prout sunt eæ res, quæ ab eo deducuntur, aut non deducuntur; item tempus, ex quo spectatur hæc quantitas.

IV. In his autem diligenter hoc loco notandum est, diversa omnia servari in quarta fideicommissaria, atque in quarta Falcidia, quæ ex legatis detrahitur. Itaque in eo duæ sunt differentiæ animadversione dignæ.

V.

V. Prior versatur in eertarum rerum deductione, quæ in uno genere admissa, in altero non agnoscitur. Nam cum agitur de quarta Faleidia ex singulis legatis detrahenda, & quæritur, qnantum sit patrimonium, cuius quartam retinere volumus, ante deducitur æs alienum, funeris impensa, & pretia servorum manumissorum. *§. ult. Inst. de leg. Falc.* Contra quarta fideicommissaria sic retinetur, ut patrimonium, cuius hanc quartam esse volumus, æstimetur, quale est, nullo inde onere hereditario deducto, ne [1] legatorum quidem. *L. ult. C. ad Treb.* Eiusque rei argumentum manifestum est, quod omnia onera transeunt ad fideicommissarium ex senatusconsulto. Non transirent autem, si ante essent deducta. Differentiæ ratio est, quod cum legata solum ab herede relicta sunt, nt maxime solida hæc ab eo præstentur: manet tamen heres, ut prius, & superiora onera apud eum, nec aut hæc, aut alia ulla hereditaria seqnuntur legatarios. *L. ult. C. de her. act.* Est autem æquissimum, heredem deducere de patrimonio id, quod patrimonii nomine præstare cogitur. Præsertim cum eo exsoluto (quod facere necesse est) patrimonium tanto minus fuisse intelligatur. At heres restituere hereditatem rogatus, restituta ea, hactenus heres esse desinit, & fideicommissarius heredis loco habetur. *L. postulante.* 44. *§. 1. circa fi. ad Treb.* Efficiente id senatnsconsulto, quo placet omnia onera, quatenus restituta est hereditas, in fideicommissarium transire. Aperte igitur inique postulet heres superiora onera deducere de hereditate, quorum præstandorum necessitate non tenetur.

VI. Altera differentia est in tempore, quo in istarum quartarum deductione patrimoninm spectatur. Nam in deducenda quarta ex legatis quantitas patrimonii spectatur tempore mortis testatoris; ut si eo tempore legata dodrantem patrimonii excedunt, quantum quartæ tum deest, tantum semper postea heres habere debeat, quantumvis fructibus, & reliquis emolumentis hereditariis ita creverit hereditas nondum adita, ut, legatis omnibus exsolutis, quartam hereditatis præsentis, & amplius heres sit habiturus. Et eontra si eo tempore quarta hereditatis fuit heredi integra, nihil ipse detracturus sit postea de legatis, quamvis ante aditam hereditatem ita decreverint bona casibus fortuitis, ut, legatis præstitis, nihil ei superfuturum sit ex hereditate. Quo fit in summa, ut damna quæcumque in rebus hereditariis contingentia heredis periculo sint, legatariis nihil noceant. *§. quantitas. Inst. de leg. Falc. L. in quantitate. L. in ratione.* 30. *D. ad leg. Falc.* In quarta fideicommissaria eontra. Æstimatur hæc ex eo tempore, non quo testator decessit, sed quo hereditas restituenda est. Unde evenit, ut & in ea utrumque illud superius contra observetur. Nam si heres, quo tempore testator mortuus est, non plenam quartam habnit, deinde frnctus, & alia incrementa hereditaria perceperit ante diem fideicommissi eedentem, bis rebus augetur quarta, dum placet, eas in quartam imputari. *L. mulier.* 22. *§. si heres. D. ad Treb.* Quo non aliud significatur, quam si ista ad quartam sufficiant, quo tempore restituitur hereditas, nihil desiderare posse heredem amplius, etsi ab initio quartæ multum defuerit. E converso si tempore mortis testatoris tantum habuit, quantum sufficeret ei ad quartam portionis suæ, damna postea in rebus hereditariis contingentia minuent quidem eius portionem, sed minuent & dodrantem pro portione; ut consequens sit, heredem quarta hereditatis, quæ hereditas tunc sit, cum restituitur, contentum esse oportere. *L. deducta.* 58. *§. cum autem. in fi. D. ad Treb.*

VII. Constituta qnartæ quantitate, qnam heres pro ratione patrimonii habere debeat: sequetur illud quartum, ut quæratur, an quanta illa qnarta est, tantam eam heres habeat; ut si non habet, præstetur, quod deest; si habet, nihil desideret amplius. Quæstio in eo est, quid illi in hanc quartam imputetur, ut dum id habebit, intelligatur quartam habere, quam requirit. Et hae quoqne parte aliud servatur in quarta fideicommissariæ hereditatis, aliud in quarta Falcidia, quæ de legatis detrahitur. In hanc imputantur solum res, quas heres capit iure hereditario, non etiam quas iure legati, vel fideicommissi, vel conditionis implendæ eaussa. *L. in quartam. D. ad Leg. Falc.* In illam omnia, quæ percipit heres [2] iudicio defuncti. *L. mulier.* 22. *§. si heres. in fi.* *ad*

1) Vide *not. supr. Cap.* 28. *N.* 2. quæ huc transferri potuissent, neque tamen illic, opinor, posita incommode.

2) An & donatio coniugalis morte confirmata imputatur. Negat Scip. Gentil. 3. *de Donat. int. vi. C.* 30. quia magis iure actus inter vivos gesti capiatur, quam hereditario, legative; & quia confirmatur sola morte, ante aditam hereditatem. Contrarium verius puto, quia dicitur esse ex supremo iudicio *L.* 32. *§.* 3. *de donat. int. vir.* & argum. *L.* 12. *C. ad L. Falc.* Nec rationes Gentilis resistunt. Nam immo similis est donatio hæc legato *d. L.* 12. ac etsi non esset, sufficit ad hoc, ut capiatur ex iudicio defuncti *d. L.* 32. *§.* 3.

ad Trebellian. Differentiæ ratio eum satis intelligi non possit, nisi sententia, & ratione legis Falcidiæ prius eognita: huius autem legis tractatio incidat in librum sequentem in argumento de legatis, ad quæ illa lex pertinet: faciendum putavimus, & vero ita omniuo faciendum fuit, ut ea ipsa ratio differentiæ in eum locum differretur, in quo de hac lege, eiusque quarta agitur. Id caput est libri sequentis, XXVI. Nunc satis sit id tenere, quod proprium est huius loci, in quartam Trebellianicam omnia imputari, quæ iudicio defuncti capiuntur. Huiusmodi sunt legata, & fideicommissa; de quibus constat. Sunt enim donationes a testatore relictæ. *§. 1. Inst. de leg.* Propterea & in hanc quartam imputari aperte, & sine ulla ambiguitate verborum dicuntur in *d. L. in quartam*.

VIII. Nec minus tamen eodem iudicio testatoris capi intelligitur, quod conditionis implendæ caussa heredi datur. Veluti cum heres restituere hereditatem iussus est Mævio sub eonditione, si Mævius illi decem daret: & Mævius, ut conditioni pareret, decem dedit. Iudicium, & voluntas testatoris de his dandis in eo est, quod testator vult illa dari heredi, etsi vult sub conditione, quæ est in potestate Mævii, nempe hac, si ille ad fideicommissum pervenire voluerit. Ideo & hæc in eamdem quartam imputari debere placet. Quod & Marcianus adiiciens prioribus, etsi cum aliqua ambiguitate sermonis, expressit tamen in eadem 3 *L. in quartam.* his verbis: *sed & quod implendæ conditionis caussa fideicommissum heredi datur, in eadem caussa esse admittendum, sciendum est*. In eadem caussa, nempe in qua prius legata, & fideieommissa heredi data esse dixerat. Dixerat autem, in quartam fideicommissariæ hereditatis illa imputari. Sed an superioribus verbis loquatur de eo, quod simpliciter datur conditionis implendæ caussa, ipse dubium fecit propter verbum fideicommissi, quod addidit. Ait enim in eadem caussa esse, non simpliciter quod datur eonditionis implendæ caussa, sed quod fideicommissum datur hoc nomine. Atqui in eo quod tantum conditionis implendæ caussa datur, nullum legatum, nullum fideicommissum est, utpote cuius præstatio nulla necessitate teneatur, sed pendeat ex sola voluntate dantis. *L. si quis sub conditione. D. si quis om. caus. testa.* Sed loqui Marcianum de eo, quod eonditionis implendæ caussa datur, ex verbis manifestum est. Nec vero ullum fideicommissum, quod proprie ita dicatur, esse potest, quod detur conditionis implendæ caussa. Fatendum est igitur, illud ipsum, quod implendæ conditionis caussa datur, fideieommissum boc loco ab illo appellari: non tamen proprie; sed abusive ex eo, quod hæc præstatio fideicommissi similitudinem quamdam gerat eo, quod & ipsa ex iudicio testatoris proficiscatur. Ne autem dubitemus, etiam hoc genus dati in quartam Trebellianicam imputari: Quod superiore loco fortasse obscurius dictum est, id clare definit Papinianus in 4 *L. acceptis. 103. ad leg. Falc.*

IX. Eodem numero habentur 5 fructus, & omnes accessiones ex rebus hereditariis ante diem fideicommissi eedentem perceptæ. Tantum ideo, quod iudicio testatoris percipi videntur, ut est in *d. L. mulier. §. si heres. ad Treb.* Iudicium defuncti deprehenditur ex ipsa fideieommissi dilatione. Non enim potest testator videri distulisse fideicommissum in tempus, nisi ut interim heres frueretur here-

3) Dissent. Cuiac. *in Par. ad L. Falc. & 8. Obser.* 4. vers. *sed & quod*, abesse scribens a Basilicis, & archetypo Florentino, & hæc in Trebelliano non imputari, per *L.* 30. §. 7. *ad L. Falc.* laudatus a Pac. 6. Q. 52. rectius reprehensus ab A. Fab. 6. *Coniect.* 3. & 4. qui tamen *d.* vers. *sed & quod* oon qoidem falsum, sed superfluum esse opinatur, eum idem habeatur, in vers. præcedenti *sed etsi accepta*. Sed non idem in eo habetur. Aliud enim est heredem rogari, ut restituat acceptis 100. de quo *in d.* vers. *sed etsi*, obi centum illa accipit ex hereditate, & de fideicomisso deducit. Aliud si rogatus est Mævio restituere, si Mævius dederit 100. de quo in *d.* vers. *sed & quod*, ubi pecunia accipitur a fideicommissario. Neque sic *d.* vers. *sed etsi*, accipitor de prælegato, quasi, idem in eo tradatur, quod in præcedenti; sed intelligendus de eo, qui solus institutus, idemque rogatus nihil a coherede accipit. Ad *d. L.* 30. §. 7. *ad L. Falc.* recte quidem, contra Cui. Resp. A. Fab. *d.* C. 3. non ibi agi de Trebellianica, sed Falcidia 1. quia vocula, *tametsi*, connectit eum §. cum præcedentibus, in quibus de Falcidia. 2. per verba legis Falcidiæ *ratione*, quia licet sæpe quadrans Pegasianus vocetur Falcidia, nusquam tamen SC. Pegasianum vocatur Lex Falcidia. Quia autem sibi obstare videt verba: *ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est*, illis loco motis substituit hæc: *ab eis, quibus certas res restituere rogatus est*. Sed audacia tanta ferenda non est. Potius dico cum Duaren. *ad L. Falcid: Cap. 8. f.* 562. hereditatem illie metonymice accipi pro rebus hereditariis: Ang. Math. *Lib. 2. de Via Iur. C.* 22. *n.* 32. *& seq.* distinguit: Si subsequatur conditio fideicommissum, vel si in vim modi, aut caussæ posita fuerit, tunc data conditionis implendæ gratia imputari in Trebellianicam. Si autem præcesserit conditio, ut penitus ab ea pendeant fideicommissa, non imputari. Quæ enim, inquit, sunt in conditione, non insunt in dispositione, nec deferuntur a testatore, sed pendent ab arbitrio adimplere volentis conditionem.

4) Nam traditur ibi exceptio, quod quartæ retentioni locus sit, ultra acceptum conditionis implendæ caussa, propter fideicommissum sequens, quia videlicet illud ipsum acceptum alii restituere rogatus est, & ita in effectu nec capere videtur, quod non mansurum *L.* 71. *de V. S.* Quare si exceptio regulæ conformis, aliud erit, si illud acceptum retinet, nec in eo etiam oneratus est.

5) Ita & distinguunt P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 24. & Ioan. Copus *Lib. 2. de Fruct. Tit.* 3. C. 6. excipientes tamen liberos gravatos, qui fructus hos non imputant *L.* 6. *C. h. t.* ubi & hoc tradit Don. noster. vid. & Menoch. *de Arb. Cap* 156.

hereditate pro commodo suo; alioqui, si volebat commoda omnia statim pertinere ad fideicommissarium, quid attinebat restitutionem differre, quæ nihilominus omnia commoda hereditaria fideicommisso repræsentaret?

X. Sed ut in quartam Trebellianicam imputantur omnia, quæ iudicio defuncti capiuntur: ita contra quidquid hoc iudicio non capitur ab herede, etsi capitur de bonis hereditariis, placet non imputari. Exemplo sunt fructus ab eo post aditam hereditatem ex fideicommisso præsente percepti. Hi fiunt quidem heredis, nec in restitutionem veniunt; sed non imputantur ei in quartam; quia, inquit Ulpianus, negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Hoc ille in *d. L. mulier. §. si heres, in pr.* Quapropter quod simpliciter ab eo scriptum legitur in *L. in fideicommissariam. 18. in pr. ad Treb.* fructus in quartam imputari, de prioribus fructibus intelligendum est, non de posterioribus, ut superiore loco ab eodem auctore declaratur.

XI. Quod tamen diximus in quartam fideicommissariæ hereditatis imputari heredi, quod iure legati accipit, in prælegato non usquequaque placuit, cum scilicet ex pluribus heredibus institutis unus rogatus est restituere portionem hereditariam, & idem iussus præcipere aliquid ex hereditate, seu ei aliquid ex hereditate prælegatum est. Id aliquando in quartam imputatur totum; nonnunquam pro parte; & hæc ipsa pars non semper eadem servatur. Summa autem est, ne unquam in hoc prælegato imputetur in quartam id, quod a coherede accipitur. Ea autem pars, quæ accipitur iure hereditario, ut imputetur tota; nisi quid testator excipiat. Hinc de hoc genere hæc distinctio, cuius membra licet ex diversis locis colligere. Refert, utrum testator rogaverit heredem restituere portionem hereditatis deductis nummis, puta centum; an vero deducto fundo, aut corpore aliquo certo. Si nummos præcipere iussus est, totam hanc pecuniam iure Falcidiæ percipere videtur, inquit Papinianus: idest, totum in quartam imputat. Et addit rationem, quia pecunia omnis de portione eius retineri potest. Et vero sic accipitur, quasi inde eam retinuisset. Hoc ille in *L. deducta. 58. §. acceptis. D. ad Trebell.*

XII. Quod si fundum præcipere iussus est, vel, quod idem valet, si prædium est ei prælegatum: nunquam imputatur in quartam, nisi pars una, hereditaria videlicet. Non imputatur altera; quia, inquit idem Papinianus ibidem, alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. [6] Obtinuit autem in prælegato extra quartam esse id, quod a coherede accipitur. *d. L. in quartam. illic, pro ea vero parte. D. ad leg. Falcid.* Sumptum, ut apparet, ex vi, & natura prælegati: quod testator iubens rem præcipi, hoc ipso satis declaret, se velle eam heredi esse præcipuam. Quod ita fit, si id quod accipit a coherede, sic habeat, ut nec in quartam imputet.

XIII. Quod attinet ad portionem hereditariam, quam habet heres in fundo prælegato, consequens est superiori sententiæ, ut hanc quoque heres retineat; quod & facit. Sed & illud videbatur consequens, ne in quartam imputaret, cum & hanc pariter velit testator esse heredi præcipuam, ut & totum prælegatum. Placuit tamen, hanc in quartam imputari, si testator iusserit heredem portionem totam hereditariam restituere non adiecto eo, ut quarta pars deduceretur. *L. Titia. D. ad leg. Falcid. L. filium quem. C. famil. ercisc.*

XIV. Cur [7] ergo hoc secus visum de hac portione hereditaria, quam de altera, quæ a coherede accipitur: cum non minus iure, nec minus ex eadem voluntate defuncti retineatur ea, quæ habetur iure hereditario? Coniectura voluntatis ex verbis fideicommissi ducta est. Rogatur enim heres, portionem hereditariam restituere. Atqui in portione hereditaria est portio fundi prælegati, quæ iure hereditario habetur. Etsi igitur fundum prælegando postea videtur testator prælegatum ex fideicommisso excepisse, ut supra diximus.

Ex

6) Cujac. *in L. 88. de her. inst. & Obs. 4.* in neutram Falcidiam imputari, quæ a coherede iure prælegati accipiuntur *d. L. 91.* compensari tamen quoties vice mutua præstare coheres coheredi tenetur, *L. 24. C. Fam. erc.* quod posterius refellit, Don. *ad d. L. 24.* Diss. omnino Duar. 2. *Disput.* 10. *& ad L. Falc. C.* 8. *f.* 561. volens in vers. *pro ea vero parte* IC. reverti ad primam quartam, & ita eum vers. accipiens non de Trebellianica, sed Falcidia. Quod durissimum mihi videtur, tametsi probetur Matthæac. 2. *de Via Iur. C.* 22. *n.* 27. qui & *n.* 14. *& seqq.* æque dissentiens *d. L.* 58. §. 3. accipit non Trebell. sed Falcidia. Quod nec titulus ille, nec verba ipsa §. nec præced. & seqq. §§. admittunt. Idem dicit in *d. L.* 86. agi de prælegato post heredis institutionem, & illud deduci iussu testatoris, non legis auctoritate, vid. & Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 3. *n.* 38. *& seq.*

7) Vulgo rationem diversitatis ponunt in difformitate, quia prælegatum nec hereditatis nec legati titulo tantum, sed partim ut hereditarium, partim ut legatum percipitur. Quod, ceu nugatorium, merito reiicit, Duar. *d. C.* 8. *f.* 961. & refellit Matthæac. *d. C.* 22. *n.* 19. quia natura Trebell. est heterogenea. Ergo potest difformia, & multigena imputare. Sed non quia hæc ratio inepta, idcirco & sententia, quod hi volunt, falsa, sed proba est ratio Don. nostri.

ex *L. Titia. ad leg. Falcid.* tamen non placet, ſic a verbis fideicommiſſi recedi, quin heres portionem hanc hereditariam retinendo ſaltem eam in quartam imputet.

XV. Hic tamen etiam diſtinctio adhibita eſt a Scævola in *d. L. Titia.* ut tum demum totam hanc portionem prælegati hereditariam heres imputet in quartam, ſi is rogatus ſit reſtituere hereditatem ſimpliciter: id eſt, non adiecto eo, ut pars quarta deduceretur; quia tunc conſtaret contra ſententiam teſtatoris Falcidiam induci, id eſt, quartam retineri. Quod ſi rogetur heres reſtituere hereditatem retenta quarta parte: putat Scævola in *d. L. Titia.* quia hoc caſu retineretur quarta ex voluntate teſtatoris, heredem nihil amplius ex fundo prælegato imputare debere in quartam, quam portionis hereditariæ, quæ in prælegato habetur, partem quartam, ut teſtatoris verba efficiunt. Et ideo, ſi heres inſtitutus ſit ex triente, imputare eum in quartam debere partem duodecimam fundi prælegati. Nam hæc una eſt uncia, quæ facit quartam partem trientis. Una autem uncia eſt duodecima pars aſſis, id eſt totius hereditatis. Vide plura in eamdem ſententiam, quæ [8] ſcripſimus in commentariis ad Codicem *ad L. filium quem. C. fam. erc.*

XVI. Iam ex his ſatis intelligi poſſe puto, cum heres, quiſquis eſt reſtituere hereditatem rogatus, quartam habebit ex ſenatuſconſulto debitam, & habebit iis rebus conſtantem, quas in eam quartam imputari ſupra diximus; habere eum id, quo illum ex ſenatuſconſulto contentum eſſe oporteat: ut hac retenta quarta, totus qui reliquus eſt quadrans, fideicommiſſario reſtitui debeat. Atque ita non duæ quartæ hic verſentur, ſed una, quæ ſola heredi tribuatur. *§. ſed quia heredes. Inſt. de fid. her.* Atque etiam illud intelligimus, eum, qui ea habeat, quæ in aliquam quartam imputantur, eam quartam habere, ut iam eam fruſtra deſideret. Quod ſi ita eſt, confectum eſt de duarum quartarum deductione, quod ſecundo loco hic quæri diximus; ut ne filius quidem hereditatem reſtituere rogatus, amplius quam unam poſſit deducere, de quo tamen quæſitum, & allud quibuſdam viſum eſſe ſcimus.

XVII. Movet autem in hac ſpecie dubitationem, quod huic filio duplici iure defertur quarta. Primum iure naturæ hoc ipſo, quod filius eſt. Quo iure iam olim quartam habere debuit, remota omni mora, atque omni onere. *L. Papinianus. §. quoniam. D. de inoffic. teſtam. L. omnimodo. in princ. L. quoniam in prioribus. in princ. C. eod.* Poſtea aucta eſt ea portio lege Iuſtiniani, & cœpit eſſe triens, aut ſi plures ſint liberi quam quatuor, ſemis. *Novel. de tri. & ſem.* Sed & eidem reſtituere rogato tribuitur quarta ex ſenatuſconſulto. *d. §. ſed quia heredes. de fid. her.* Quæritur igitur, utrum utraque hæc portio ſic illi deferatur, ut altera debeat eſſe contentus, an vero ita, ut ſimul utramque poſſit deducere. Primum quidem portionem iure naturæ debitam, tanquam æs alienum; deinde in reliquo ita Falcidiæ rationem inire, ut inde quartam iure fideicommiſſi retineat; dodrantem reſtituat. Et hoc poſtetius viſum eſt Innocentio, quod & ab illo conſtitutum exſtat in *Cap. Rainutius. extra de teſtam.* In quo ſi de auctoritate Pontificis quæritur in novo iure hac de re conſtituendo, per nos licet ei tantum tribuat quiſque populus, quantum vult. Sin quæritur de iure civili, & iis, penes quos conſtat, condendi iuris poteſtatem eſſe: ſententia eſt, quæ aperto [9] iure refelli-

8) Quem de illius L. obſcuriſſimæ ſententia latius vide, ut & Cuiac. *ad L. 88. de her. inſtit.* Charond. 2. *Veroſim.* 4. Chiflet. *de Port. legit. C. 13. p. 811. & ſeq.* P. Grangian. *Paradox. C. 49.* A. Fab. 6. *Coniect.* 5. & Pac. 6. *Q.* 51.

9) Ac Cynus decreta Pontif. ex falſo iuris intellectu proceſſiſſe. Et Fulgoſius: Error eorum originem habuit ex errore noſtrarum commentationum, teſte Cuiac. 8. *Obſ.* 3. Et diſcrimen inter ius Civile, & Canonicum agnoſcit Vaſq. *Lib. 3. de Succ. progreſſu §. 26. n. 33. & 2. ſeqq.* & M. Ant. Cucch. *Tr. de Legitima §. Quoniam vero n. 3. p. mihi* 53. Matet. *Tr. Quartarum. C. 3.* Govean. *ad L. 1. de Vulg. n. 39. & ſeq.* Ant. de Padilla *ad Auth. res quæ C. comm. de leg. n. 33.* Ang. Matthæac. 2. *de Via Iur. 25. n. 30.* ex verbis, *ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem civitatis*, probat in moribus, & LL. Longobard. fundatum eſſe conſtituit *d. C.* Rainutius, non iure Civili. Et ibi tantum quæſtionem facti referri, non ſanctionem Papæ. Iudicantes voluiſſe ſequi ius Civile, ſed valde erraſſe eos, putantes ita LL. eſſe conſtitutum. Atque ita hic nec iure Canonico detractionem duarum quartarum admittit. Quia autem hanc quæſtionem ſcite tractat Hotom. *Ill. Q.* 43. non pigebit, brevem eius argumentorum ſummam referre. Pro affirmativa igitur afferri poſſunt, præter *Tex. iuris Canon. de C.* Rainutius, *&c.* Rainaldus *de Teſtam.* 1. *L.* 2. *in fi. L.* 3. *§.* 2. *h. t.* 2. Quia hæ quartæ ex diverſo iure: Legitima ex iure naturæ, Trebellianica ex Senatuſconſulto. Et ſicuti prælegata non imputantur, &c. ita nec legitima. 3. Illa ut a filio, hæc ut ab herede deducitur. Nihil autem abſurdi, aliquem duplicem perſonam ſuſtinere, & inde duplex commodum ferre *L. 22. de his quæ ut indig.* 4. Ex duplici cauſſa duplex deductio *in L. 67. ad L. Falc.* 5. *L. 10. C. ad L. Falc.* ubi filii heres Trebellianicam deducit. 6. *L. 18. §. 14. in fin. de inoff.* ubi fideicommiſſo gravatus, de inoffícioſo queſtus, & victus id tantum perdit, quod Falcidiæ (id eſt legitimæ, ceu ſumitur in §. 11. *eiuſd. L.*) iure habiturus. Ergo ſi queſtus non eſſet, haberet & Trebellianicam & legitimam. Contra pugnant 1. Natura & ſenſus communis. Hæc enim aſſis ratio, ut, una parte nominata, altera intelligatur ex natura relatorum. Quoties igitur, & ubi eſt deductio quadrantis, ibi reliquatio dodrantis; nec quadrans detrahitur, niſi ei cui integer manet dodrans. Et Lex Falcidia non tantum quadrantis detrahendi, ſed & dodrantis relinquendi rationem haberi vult, (ſic & Matthæac. *d. C. 25. n.* 14. Lex Falcidia, inquit, aperte dat licentiam legandi ad novem uncias. Sic autem pater libere ad eas non legaret, &c.) 2. Privatio præſupponit habitum. Inde igitur quadrans detrahitur ubi redundat, & ab eo, cui plus dodrante ſuperat. A quonam igitur filius, qui iam deduxit legitimam, petat

tur; estque ideo adversus illud capitulum repudiata magno consensu ab interpretibus iuris civilis prope omnibus. Quod & glossa ibi testatur ad verbum, *legitimam*. Ubi & refert Iacobi de Bello visu in eam sententiam, quæ iuris civilis est, argumenta: & quæ ille ad obiecta respondet. Recte iudicio meo, omnia.

XVIII. Res autem sic habet in summa, ut, cognitis his, quæ de imputatione superiore diximus, non aliud dici possit, quam filium una ex his contentum esse oportere. Ut enim sunt ea, quæ in utramque imputantur, qui unam babeat, iure eum alteram hactenus habere videri, & cum habeat, amplius eam petere non posse. Idque efficitur hoc modo. Qui ea, quæ in quartam aliquam imputantur, ad eum modum habet, qui quartam efficit, is eam quartam habet, nec in ea quidquam requirere potest amplius. *L. in quartam*. 91. *D. ad leg. Falcid.* At qui quartam Trebellianicam habet, is habet ea, quæ imputantur in quartam legitimam. Ergo qui habet quartam Trebellianicam, is continuo & simul habet eatenus legitimam. Et vice versa, hoc idem valet, ut qui legitimam prius consecutus est, habeat ea, quæ imputantur in quartam Trebellianicam. Quare & qui legitimam habet, simul habet & Trebellianicam. Quæ enim imputantur in quartam fideicommissariam? Quæ iure hereditario, quæque aliter iudicio defuncti capiuntur. *L. mulier*. 22. *§. si heres. ad Trebell. L. in quartam. D. ad leg. Falc.* Atqui hæc eadem imputantur in legitimam. *L. omnimodo. C. de inoffic. test.* Hæc autem in legitimam imputari nihil aliud est, quam heredem, quatenus ea habet, eatenus legitimam habere, & his ad legitimam debere esse contentum. Quæ rursum imputantur in quartam legitimam? Iam dixi hæc ipsa: illa, inquam, eadem, quæ cum habe-

petat Trebellianicam. Quartæ detractio conceditur heredi ultra dodrantem gravato. Et quoties non est gravatus, sed quoquo iure, hereditario, legati, præceptionis, retentionis, aliove ei quadrans salvus, deductioni locus non est. I. Quia in reliquis quartis unius adeptio alteram excludit. Tria sunt exempla in *L. 8. §. 9. §. 11. & §. 15. de inoff.* quartum in *L. 1. §. pen. Si cui plus quam per L. Falc. 4. Nov.* 39. C. 1. ubi notat Bart. 3. *L. 5. ad Trebell. 6. Regula L. quoties 91. de R. I.* & quia duæ lucrativæ caussæ non concurrunt. *§. 6. I. de leg.* Dices: Legitima non est caussa lucrativa, sed debetur iure naturæ. Resp. Demus. Tota hereditas lege naturali debetur liberis *L. 7. de bon. dam.* non tamen quicquid ex duplici caussa debetur, bis peti potest *L. 3. de pet. her.* His permoti quidam, ait Hotomanus distinguunt: ut pure gravatus filius unam quartam deducat; in diem vero vel sub conditione, legitimam statim deducat; adveniente autem vel conditione etiam Trebellianicam. Auctor Azo in *Summ. Nov.* 1 & sequitur *Gl. in L. 8. §. 14. de inof. L. 10. C. ad L. Falc. & Gl. in d. C.* Rainut. testans de communi. Sed distinctio hæc 1. destituta est lege. 2. Si natura non fert eodem tempore detrahi, neque distinctis. Quare multi eam reiiciunt. (Ratio huius distinctionis, quam communius approbatam scribit Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 11. *n.* 4. Gomez. *ad L. Taurin.* 3. *n.* 82. quia si pure gravatus est, eodem tempore duæ deductiones concurrere non possent; sin sub conditione possunt diverso tempore. Sed reiicit eam quoque Cuiac. 8. *obs.* 3. quia si diversis temporibus possunt concurrere cur non eodem? Certe maiori onere premitur gravatus pure, ut si ulli concedenda foret duplex detractio, huic potius quam gravato sub conditione daretur, in quem sensum & Chiflet. *de Port. legit. C.* 13. *p.* 810. Matthæ. *d. C.* 25. *n.* 10. legitimam non detrahi, sed relictam excludere querelam. Et heredem institutum nunquam demere legitimam. Nam filius institutus pure, & gravatus fideicommisso sub conditione, quomodo statim deducit legitimam, cum habebat totam hereditatem, ac incertus sit conditionis eventus?) Denique ad argumenta pro aff. Resp. Hot. Ad 1. Resp. Esse quidem ibi duplicem deductionem, unam de legatis, alteram de fideicommisso; sed si assem spectemus, unius tantum quadrantis. vid. *not. supr. Cap.* 28. *N.* 3. Ad 2. Resp. Prælegata capit heres, non detractionis iure (atque ita est unica detractio,) sed mero testatoris beneficio: vid. *h. Cap. N.* 6. 7. Ad 3. Resp. ex *d. L. 8. §. 15. de inoff.* ubi itidem duæ personæ sustinentur, & tamen una quarta deducitur, & maxime ea *L. 1. §. pe. Si cui plus quam per L. Falc.* Hoc tantum sequitur. Si ea vario iure; Ergo optio filio utro iure velit alterutrum consequi. Ad 4. Resp. Una ibi detractio. Nam quod ob legatarii vitium decedit, ea lege Iulia, heres non detrahit, sed id ei ut caducum defertur (ita & Cuiac. 8. *Obs* 5. *in Specie L. 67. ad L. Falc.* partem retinere heredem suo iure, partem vitio legatarii. Hic autem quæri an utramque portionem retineat suo iure, vid. & Chifl. *de Port. legit. C.* 13.) Ad 5. Resp ex *L. 6. C. ad Treb. & L. 41. §. 3. de vulg.* Ante auctam legitimam filii fideicommisso gravati deducebant Trebell. & solam. Ad 6. Resp. Ante *L. 30. C. de inoff.* qua actio ad supplementum legitimæ prodita, filius non querelans nihil obtinuit, quam quod nominatim relictum: & si quid relictum, id omne imputabatur in Trebell. *L. 91. ad L. Falc.* Singularis tamen videtur casus, quo duæ quartæ deducuntur, notatus a Fulgos. *ad L. 10. C. ad L. Falc.* Quando filia, cui pater antea dotem, legitimæ parem, dedit, instituta est, & fideicommisso gravata. Hic præter dotem etiam Treb. in reliqua summa detrahit, quia revera ea sola est in hereditate, *L. 68. de Leg.* 2. in qua dos non est *L. 14. ad L. Falc.* Quod autem dos imputatur in legitimam *L. 29. C. de inoff.* contra iuris rationem inductum propter querelæ odium, nec trahendum ad consequentiam (itaque si pensiculare rem consideramus, neque hic duarum quartarum est detractio, licet pene in effectu res eodem recidat.) Quærit tandem Hotom. posito, duas quartas deduci, quotam hereditatis partem auferent. Vulgo statuunt, prius legitimæ nomine ex asse quatuor uncias detrahi, postea ex besse reliquo duas, ut ita semissem habeat. Ratio eorum: quia legitima gravari nequit fideicommisso. *Leg. 32. Cod. de inoff.* Quare de besse solo restituendo videtur rogatus. Sed nec natura patitur, quadrantem ad bessem referri, & legis Falcidiæ, quam SC. Pegasianum sequutum, hæc verba: *Ne minus 4. partem hereditatis &c.* Ad *d. L.* 32. Resp. Non eo minus tamen legitima partem assis hereditarii facit, nec id privilegium efficit, ut sit extra hereditatem. Hæc, quæ extra has parenteses () ex Hotom. scribente tamen, errorem CCtorum toto orbe ius fecisse, ut & Catellian. Cotta *in Memor. V. Filius gravatus*, Matthæ. *d. C.* 25. *n.* 28. communem errorem in foro observari. Vacon. 4. *Decl.* 59. *n.* 7. dist Ante *L. 32. C. de inoff.* non potuisse deduci *L. 6. Cod. ad Treb.* post eam posse etiam iure Civili, non expressa aliqua lege, sed ea ratione, *d. L.* 32. quia a legitima omne gravamen removetur. Ergo fideicommissum non continebitur, sed manebit ipso iure ab hereditate separata. Sed Responderi potest ex Matthæac. *d. C.* 25. *n.* 33. Legitima non recipit onus: sola scilicet separata ab aliis quartis, non autem coniuncta hereditati. Atque ita propositio vera in sensu diviso, non in composito, vel coniuncto. Plura de hac quæstione vid. apud Cuiac. 8. *Obs.* 3. Cont. 1. *Disput.* 3. Chiflet. *de Portion. legit. C.* 13. Vaud. 2. *Q.* 32. A. Fab. 11. *de Err. Prag* 7. Matthæac. *d. C.* 25. *& Lib. 4. Epit. legator. Cap. ult.* Dissent. cum DD. vulgo Claud. de Batrano. *Tr. Legitima C.* 13. *n.* 68. P. Heig *P.* 1. *Q.* 32. Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 3. *n.* 51. & maxime Fachinæ. 5. *Contr.* 2. qui eo movetur, quod Legitima non veniat in restitutionem. Sed infirma collectio. Nam & quod quæ non veniunt in restitutionem sæpe partæ imputantur, ut fructus *L. 18. pr. & §. 1. h. t.*

habere cœperit filius, in quartam Trebellianicam imputentur. Quo circa si filius elegerit prius portionem legitimam, cum in ea acceperit omnia, quæ imputantur in quartam Trebellianieam, necesse est una quoque & hanc habere cœperit. Quam semel consecutus, nullo iure amplius sibi eam adiici postulet. Nunquam ex his una defertur filio, quin eam habenti simul aperto iure denegetur altera. Non enim defertur simpliciter, sed hac lege, ut cum habebit ea, quæ in eam imputantur, hactenus alteram non requirat. Atqui quod unius est, id placet imputari in alteram. Quare cum filius, quod unius est, consecutus erit, huic necesse est hactenus alteram cessare.

XIX. Sed ut non nisi unam quartam deducit heres, quisquis hereditatem restituere rogatus est: ita extra quartam pleraque sunt, quæ sæpe ille præcipua habens sibi retinet: quod quintum fuit, de quo hic quæri diximus. Huiusmodi esse necesse est ea, quæ ita fiunt eius propria, ut tamen non imputentur in quartam. Quo in numero sunt eæ partes prælegati, quas in quartam non imputari diximus. *L. Titia. L. in quartam. D. ad leg. Falc. L. filium. C. fam. erc.* Fructus item ab eo percepti ex fideicommisso præsenti ante, quam moram faceret. *L. mulier. 22. §. si heres. ad Treb.* Sed & quædam personæ heredis cohærere diximus: quæ & ipsa quamvis restituta hereditate apud heredem manere necesse est: ut sunt iura sepulchrorum, & operarum patroni stipulatio filio herede instituto. *L. quia. 42. §. 1. L. si patroni. 55. in princip. ad Trebell.* Atque hæc commoda sunt, quæ apud heredem manent, quibus detractis, quantum relinquitur ex hereditate, tantum est, quod transit ad fideicommissarium.

XX. Quod reliquum est, sive quarta retinetur, sive non retinetur, quæritur de oneribus hereditariis, quænam hæc, & quatenus propter ius quartæ retinendæ heredem sequatur. Et si quartam heres non retinet, transeunt in fideicommissarium omnes actiones. Si coactus adivit, ius certum est. *L. 4. D. eod.* Si sua sponte, & quartam retinere non vult, sed plenum obsequium voluntati defuncti præstare: dubitari potest, quasi plus restituerit, quam ex senatusconsulto debebat. Sed non restituit plus, quam debebat ex voluntate defuncti: Huic autem, non refragante senatusconsulto, parere potuit. Ideo placuit, etiam hoc casu transire actiones in solidum: etsi putatur tutius factum heredem, si se cogi patiatur, ut, periculo fideicommissarii adita hereditate, sine metu transeant actiones. *L. qui totam. 45. ad Trebell. §. sed quia stipulationes, versi. si vero totam, Instit. de fid. her.*

XXI. Sic tamen a volente transeunt actiones in fideicommissarium, si restituit id, de quo rogatus erat. Maiorem partem si quis restituit, quam rogatus est, in eam partem, quæ excedit, non transferuntur actiones. *L. facta. 63. §. si quis maiorem. D. eod.* Sic enim cautum est senatusconsulto, ut dentur actiones in eos, quibus fideicommissum restitutum erit, si heredes fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent. *L. 1. D. eod.* Porro in id quod excedit, neque fideicommissum est, nec dici potest heres, sicuti rogatus est, hereditatem restituisse.

XXII. Idem est, si fideicommissum ab herede relictum est, sed quod ab eo non deberetur, & nihilominus heres restituit. Veluti, si patronus ex debita portione heres institutus rogatus sit aut eam, aut ex ea partem aliquam restituere. Si restituit, negat Papinianus transire ex Trebelliano actiones, quoniam non fuerit debitum, quod restituit. *L. patronus, 60. D. eod.*

XXIII. Non idem probatum est, si quis de parte restituenda rogatus, nihilominus totam hereditatem adire, & restituere coactus est. Non enim nocere debet heredi, quod coactus adiit. Et quod præter verba fideicommissi restituitur tota hereditas, ubi de parte tantum restituenda heres rogatus est, nihil fit in eo contra, aut præter voluntatem, si, nisi tota hereditate adita, & restituta, non potuit pars dimidia restitui. Ideo recte placuit hoc casu, quasi ex Trebelliano restituta hereditate, & fideicommissario, & adversus eum actiones competere. Id autem quibus casibus accidat, declaratur his locis: *L. 1. §. sed & quoties. L. cogi. 16. §. si quis heres. §. cum quidam. §. Mæcianus. L. ex asse. 28. D. ad Trebell.*

XXIV. Quod si heres iure suo usus quartam retinebit, inter heredem, & fideicommissarium dividuntur actiones, & onera successionis pro portione. *§. sed quia stipulationes. Inst. de fid. her. L. 1. L. 2. C. ad Trebell.* Sed hoc ita, si quarta pars retineatur ab herede iure hereditario, ut est in *L. si legatus. 30. §. multum. D. eod.* Quod ita fit, si aut rogetur heres simpliciter restituere hereditatem, aut rogetur restituere deducta quarta.

te. Tum enim iubetur retineri utroque casu quarta non rerum, sed quarta hereditatis. Diversum,[10] si rogatus sit heres restituere hereditatem nominatim deducta re aliqua certa, aut pecunia. Nam hoc casu placet, quamvis ea re, aut pecunia deducta restituatur hereditas, in solidum actiones transferri, & rem, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanere. *§. si quis una. Inst. de fid. her. d. L. si legatus.* 30. *§. multum*. Quippe heredem in ea re legatarium esse. *d. §. si quis una*. Legatarii autem oneribus hereditariis non tenentur. *L. ult. C. de hered. act.*

HUGO-

10.) Alias autem deducitur Trebellianica de quibuscunque rebus hereditariis, aeque ut Falcidia, P. Greg. 41. *Synt.* 31. *n.* 7.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER OCTAVUS.
De legatis & fideicommissis.
CAPUT I.
Cur de legatis & fideicommissis hoc loco. Legare unde dictum. Legatum quid sit.

Nexus rerum indicatur. I.
Explicantur illa verba: uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto. II.
Legare *unde dictum*. III. *seqq.*
Hoc verbum ad personas relatum quid significet. IV.
Quid relatum ad res. V.
Definiri legatum, ut sit donatio testamento relicta. *Hæc verba expenduntur, quave re legatum a donatione inter vivos, mortisve causa differat, ostenditur*. VI.
Hæc definitio latior ne sit, an angustior definito. VII. *seqq.*
Aliud fideicommissum esse, aliud legatum. XIII.

I. ATque hæc ratio est acquirendæ hereditatis superioribus duobus libris nobis exposita: hereditatis, inquam, eius, quæ quidem suprema voluntate deferatur, sive id testamento fiat, quo in genere sunt hereditates, quæ eadem voluntate deferuntur directo cum iure civili, tum prætorio: sive fiat codicillis; quod genus posterius in universitate bonorum deferenda solum admittit fideicommissarias hereditates. Quibus expositis, si quidem vellemus tractationem de hereditate acquirenda cœptam uno contextu exsequi, restabat, ut hereditatibus voluntate defuncti delatis, id est, testamentariis, & fideicommissariis cognitis, ad legitimas, id est eas, quæ sine defuncti voluntate solo iure deferuntur, veniremus. Sed quoniam in testamentis, & suprema voluntate de bonis cuiusque non satis est, unam partem exsequi, si cæteras omittas: huius autem voluntatis optima pars est in legatis, & fideicommissis, quæ eadem voluntate relinquuntur, & acquiruntur: cogit, ut initio huius partis moneamui, [1] argumenti coniunctio, post hereditates suprema testatione delatas, quod reliquum est voluntatis huius, & delationis supremæ, explere: id est, etiam de legatis, & fideicommissis hoc loco dicere; atque ita, omissa tantisper acquisitionis rerum per universitatem tractatione, ad hanc acquisitionem rerum singularum, quæ ex eadem caussa est, deflectere. Quod & a veteribus factum esse ostendit constans ordo, & dispositio harum rerum, quæ extat

[1]) Et hoc est quod Imperator dicit, *pr. I. hoc. tit.* non sine caussa sequenti loco, post testamenta scilicet hanc iuris materiam tractari, quia videlicet legata æque testamento relinquuntur, ut post *Gl.* & Mynf. *ibid.* Turamin. *de Exequat. leg. C.* 2. *n.* 11. Vult. tamen in *pr. I. h. t. n.* 2. hunc Titulum vagari extra propositum, & rectiore methodo hanc tractationem in Institutionibus subiici potuisse Titulo de donationibus. Diff. 20. legati ab hereditate habet, Forst. 1. *de Success.* 41.

tat in Pandectis, Codice, & Institutionibus.

II. De legatis omnique suprema voluntate ita vetus lex fuit [2] duodecim tabularum, *uti quisque legassit suae rei, ita ius esto*. L. verbis. *D. de verb. signif. Inst. de leg. Falcid. Nov. de nup.* 22. §. secundo. *Legassit suae rei* dictum pro *super pecunia, & re sua*, quasi dictum esset pro commodo, & utilitate rei suae, ut sit dativus, ut Grammatici loquuntur, acquisitive positus. Nec ea re moveamur, quod legata ad legatarios pertinent, ad eorum honorem, & utilitatem referuntur. Sane enim hoc ita fit. Sed & hoc ipsum eo spectat, ut rei, & pecuniae testatoris prospiciatur, dum de ea re recte statuendo fit, ut ipsa bene, & utiliter collocetur, quo aut consistat ipsa, aut sibi liberalitatis gratiam conciliet. Lex ita refertur ab Ulpiano in fragmentis Institutionum *Tit. XI.* de tutelis: *uti quis legassit super pecunia, tutelave rei suae, ita ius esto*. Fortasse lex ita scripta fuit: uti quis quid legassit rei suae, ita ius esto. Sed constanter in libris nostris ita refertur, ut initio posui. Nec quidquam caussae est, cur mutemus. Illud certe nullo modo convenit, ut vitandi superioris incommodi caussa, haec verba *rei suae* non ad verbum *legassit*, sed ad illa, *ius esto*, referantur. Quod Alciatus voluit ad *d. L. verbis, de verbor. signif.* Recte dicimus, si quis quid legaverit, ita ius esto de re eius, non autem de re sua: ut sit hic demonstrativum indicans eum, de quo prius sermo erat, non reciprocum, quod referretur ad legantem, qui de se prius locutus non erat. Tum autem haec verba *ius esto*, absolute ponuntur. Sed etsi haec transitum in aliam rem haberent, non tamen diceremus ius esto illius aut illius rei, sed ius esto de illa & illa re.

III. *Legare*, si Varroni credimus, dicitur a *legendo*, sive a *delectu*; ut sit legare, amittere, seu dimittere a se aliquam seu personam, seu rem, quae vice nostra habeatur. Sic enim Varro *Lib. IV. de ling. lat.* Legatos dictos ait a legendo, quia publice lecti sint, ut mittantur. Ulpianus [3] a lege dictum putavit, qui in fragmentis *Institutionum Titu. XXIV. de lega.* Scribit, *legare* ita dictum, ut sit *legis modo*, id est, imperative quid relinquere. Varronis etymologia, & significationi verbi, & latitudini significationis convenientior videtur. Etsi enim nihil legatur, nisi imperative: non tamen quidquid imperative fit, aut dicitur, legare est. At quidquid pro imperio a te amandes, id legari recte dicitur.

IV. Adde, quod verbum *legandi* latius patet, quam ut ad res solas, quae relinquuntur, pertineat. Ad personas pariter, & ad res refertur. Nam & personae dicuntur legari: ad quas cum verbum refertur, significat amandare a se personam aliquam pro imperio, quae vice nostra fungatur. Unde legati dicti, qui a nobis ad alios ita missi mandata nostra deferunt, & in his personam nostram sustinent, ut ex superiore loco Varronis paulo ante cognovimus, & in usu latini sermonis nihil nec frequentius, nec notius.

V. Cum ad res refertur, significat dimittere a se rem aliquam, quam pro imperio post mortem tuam in alium conferas, ut ex definitione legati mox patebit. In quo sane eamdem illam etymologiam, quam dixi, licet agnoscere. Sic enim hoc confertur in alium post mortem tuam, ut apud illum, te mortuo, vice tua quodammodo fungatur. Quomodo legandi verbum in superiore lege duodecim tabularum accipi constat, quae de legato rei suae nominatim scripta est. Atque in hac ipsa significatione ita usurpatur verbum legandi, ut & generale sit, & speciale. Generaliter [4] continet, quidquid quis statuerit de re sua, quod in alium post mortem suam conferret. In quo insunt haec quatuor, heredum institutiones, legata, quae proprie ita dicuntur, libertates testamento datae, tutorum dationes. Et hoc modo legandi verbum in superiore lege duodecim tabularum accipi Pomponius docet in *L. verbis. de verbor. signific.* Et recte: intelligitur enim satis ex his verbis, uti quisque legassit, quae valent, quomodocumque quis legaverit. Specialiter legatum dicitur, quod delibatum, & decisum de hereditate alteri donatum est. Quomodo legati, & legandi verba in hoc argumento accipimus. Atque hoc sensu

quid

2) Quomodo verba legis 12. tabb. concepta fuisse putat P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *p.* 382. Fornerium notans, qui *ad L.* 53. *& L.* 120. *de V. S.* voculam *super*, ut irreptitiam, ex notarum compendio errore orto, exterminat.

3) Ita videtur Goed. *ad d. L.* 120. *n.* 1. qui & hanc derivationem personis legatis competere ostendit, quod & illis quasi lege, vel voto ad muneris iniunctum sit, quodque cum mandatis a principe, vel Republica mittantur. Vid. & P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 1. Diss. Turamin. *de Exeq. Legat. Cap.* 1. *n.* 12. *& seqq.* putans, Ulpianum definitionem proponere, & Tribonianum peccasse, qui, ea omissa, tres alias imperfectiores §. 1. *I. h. L.* 116. *de leg.* 1. *L.* 36. *de leg.* 2. attulerit.

4) Quae tamen lata significatio exolevit, ut hodie tantum ad caussam particularem referatur. Unde si alicui legetur portio hereditatis, non hereditario, sed legati titulo defertur *L.* 22. §. *ultim. ad Trebell.* Goed. *in d. L.* 120. *n.* 1.

quid ſit legatum, ſeu, quæ ſint de eo noſtrorum definitiones, videamus.

VI. Legatum ſic definitur Modeſtino in *L. legatum* 36. *D. de leg.* 2. ut ſit *donatio teſtamento relicta*. Plena ſit definitio, an ſecus, poſtea viderimus. Ante hæc verba paucis expendamus, quando ea ſaltem legato convenire non ambigitur. Legatum eſt donatio. Plane: donare enim eſt aliquid in aliquem conferre gratis, ut eius fiat. *L.* 1. *D. de donat.* Tale eſt autem legatum: quod totum a liberalitate teſtatoris proficiſcitur. Adiicitur *teſtamento relicta*. Qua adiectione hoc ſignificatur, ſic legatum eſſe donationem, ut tamen non ſit niſi de eo, quod quis poſt mortem ſuam datum, donatum velit. Id & *teſtamenti* verbum, & verbum *relinquendi* pariter indicant. Nam teſtamentum tantum eſt de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. *L.* 5. *D. qui teſt. fac. poſ.* Et relinquendi verbum ad mortuos tantum, non etiam ad vivos pertinet: ut dicatur quis relinquere, quod poſt ſe, id eſt, poſt mortem ſuam relinquat, & præſtari velit. *L.* 1. *in fin. D. de tab. exh.* Hæc vero adiectio eſt, qua differentia legati propria exprimitur: illa ipſa, qua legatum proprie diſtinguitur a cæteris donationibus. Nam cum donationum cæterarum quædam ſint, quæ donationes inter vivos appellentur; quædam, quæ mortis cauſſa, *Inſt. de don. in pr.* & §. *aliæ. L.* 1. *D. eod.* ita ſunt hæ donationes omnes, ut in his vivus viventi donet. De donatione inter vivos, nulla dubitatio. *d. L.* 1. *de don.* De donatione cauſſa mortis dubitet aliquis, cum hæc dicatur legatis comparari. *L. illud. D. de mor. cauſ. don.* Sed nec de hoc genere dubitari oportet. Primum de ea diſerte traditum in *L. inter. D. eod.* Deinde & hoc eius rei certum argumentum eſt, quod dicitur in mortis cauſſa donatione negotium geri inter dantem, & accipientem, ut ſi convaluerit donator, reddatur acceptum; item donatum repeti poſſe condictione. *L. ſenatus.* §. 1. *D. de mor. cau. don.* Quomodo reddi, aut repeti, niſi prius accipienti datum? Legatum autem ita cum ſuperioribus donatio eſt, ut hic vivus viventi non donet; ſed donet quiſque, quod poſt mortem ſuam collatum velit.

VII. Hactenus ergo legato conveniunt, quæ expoſuimus. Sed an quid in his ſit amplius, aut etiam minus, quam definitioni conveniat, dubitari poteſt. Quid enim, an non heredis inſtitutio donatio eſt teſtamento relicta? Neque tamen eſt legatum, ut nunc legatum ſpecialiter accipi volumus. Rurſum an non deeſt aliquid huic definitioni, cum exſtent alibi eiuſdem rei definitiones, quæ plus contineant? De quo videamus. Recta [5] vero, & iuſta hæc legati definitio eſt: quæ nec plus contineat, nec minus, quam legati natura deſideret. Nam primum non ſi generaliter legatum dicitur donatio teſtamento relicta, idcirco quis exiſtimet, definitionem convenire etiam heredis inſtitutioni, quaſi heredi inſtituto donetur hereditas, neque id aliter fiat, quam teſtamento. In hereditate deferenda tribuendaque nulla donatio eſt: ſive quod fieri poteſt, ut nihil ſit in bonis, & nihilominus ſit hereditas: *L. hereditatis appellatio. D. de verb. ſign.* ſive quod ita ſemper datur hereditas, ut non detur gratis, utpote cui incommoda, & onera hereditaria ſemper ſint adiuncta, quibus ſit ſæpe, ut damnoſa sit hereditas, non lucroſa, ut ſuo loco oſtendimus *L.* 2. 3. *D. de bon. poſſ. d. L. hereditatis. D. de verb. ſign.* Legatum vero ideo donationem in ſe habet, quia apud legatarium eſt ſine onere. *L. ſi hereditatem. D. man. L. ultim. C. de hered. act.*

VIII. Sed nec quis putet, definitionem ſuperiorem convenire [6] fideicommiſſo: quod tamen ab initio longe a legato diverſum fuiſſe conſtat: de quo & paulo poſt plura. *Cap. ſequenti*. Nam nec ab initio fideicommiſſum fuit donatio, quantumvis teſtamento relictum eſſet; quia nulla neceſſitas fuit eius præſtandi. *Inſtit. de fid. hered. in princ.* Nec ſi donatio eſſet, recte diceretur donatio teſtamento relicta, quaſi

5) Ita & Vult. *in* §. 1. *I. h. n.* 3. Gœd. *ad L.* 120. *de V. S. n.* 2. Diſſent. Robert. 2. *Sent.* 23. contendens, definitionem Modeſtini omnem teſtatoris diſpoſitionem complecti, lato illo ſenſu quo L. 12. tabb. legandi verbo uſa. Florentinum autem in *L.* 116. *de leg.* 1. adieciſſe mentionem hereditatis, & Iuſtinianum heredis, ut excluderent heredis inſtitutionem. Sed refellitur, per modo dicta *N. prac.*

6) Et Cuiac. *in Parat. de leg.* 1. Vult. *in* §. 1. *Inſtit. hoc. tit. n.* 2. quia legatum, tanquam donatio, iuris Civilis, fideicommiſſum nullo iuris vinculo continetur. Sed hoc refellit A. Gentil. 1. *Lect.* 16. quia & fideicommiſſum eſt donatio *L.* 75. *pr. de leg.* 2. Ac licet, inquit, non fieri poſſet per verbum donandi, quod falſum eſt *d. L.* 75. *pr.* an propterea non diceretur donare? Non eſt quidquam, ait, omnium interpretamentorum craſſius. Quid quod ipſe Cuiac. 4. *Obſ.* 23. *in fin.* legati appellatione ſæpiſſime fideicommiſſum ſignificari ſcribat, licet loco nullo adducto. Qua de re textus eſt in *L.* 87. *de leg.* 3. vid. *C. ſeq.* Et ita in *L.* 11. §. 6. *&* 16. *eod. L.* 30. *de pact. dotal. & ſimil.* vid. Pac. 6. Q. 6. Cæterum nec legatum videtur vera, & propria eſſe donatio: Et ideo adiecta in §. 1. *I. hoc. tit.* vocula *quadam*, quia ſimile eſt donationi genere eo, quod certo nomine exprimatur, deſtitutum. Sic Ariſt. 4. *Eth.* 9. *in pr.* Verecundiam vocat [illegible], quam tamen confeſtim e virtutum cenſu eximit.

quasi alibi relinqui non posset, cum potuerit, atque adeo solidum fuerit relinqui codicillis; legatum autem non potuerit relinqui nisi testamento, ut sequenti Cap. dicetur

IX. Atque ut latior superior definitio non est, ut plus contineat; ita nec est angustior, ut quidquam ei desit ad definitum explicandum: de quo tamen quia ex aliis definitionibus eiusdem generis dubitari potest, age, de his prius videamus. Sunt vero apud nostros & aliæ definitiones legati: sed quæ cum superiore ita congruunt, ut si quid adiiciant, magis explicandi caussa fiat, quam quod sit necesse.

X. Una est apud Iustinianum *Instit. de leg. §. 1. huiusmodi*, ut sit legatum *donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda*. In qua licet cernere, verbis non pauca contineri, quæ superiori definitioni desunt. Sed verbis fortasse distet hæc definitio, re & sententia est eadem. Quod enim dicitur a defuncto relicta, id ipsum est, quod intelligitur illis verbis, testamento relicta. Nam testamentum est defuncti voluntas de eo, quod post mortem suam fieri velit. *L. 1. D. qui testam. fac. pos.* Addidit Iustinianus, *ab herede præstanda*. Recte: sive hæc verba ipse adiecit priori illi definitioni, sive ab alio auctore sumpta retulit in Institutiones. Non enim potuit relinqui legatum nisi ab herede: a legatario non potuit. *Instit. de sing. reb. per. fid. rel. in princ.* Quoque minus putemus perperam addita, idem expressit Florentinus definitione sua, quæ exstat in *L. legatum. 116. D. de legat. 1.* ubi inter cætera legatum ait esse, quod de hereditate delibatur, ut præstetur. Non potest vero præstari quidquam de hereditate, nisi ab eo, qui hanc obtinet. Is autem est heres. Ergo saltem, dixerit aliquis, prior illa Modestini definitio manca fuerit, ut cui posteriora hæc verba, ab herede præstanda, desint. Minime ideo manca. Verba enim hæc ad vim legati magis explicandam facere possunt; re vera non sunt necessaria. Esto enim, non possit præstari legatum, nisi ab herede: nihil hoc tamen ad definitionem legati: in qua quæritur hoc solum quid sit legatum, non etiam a quo relinquatur. Tradendum hoc quidem posterius etiam de legato, ut & cætera ad ius relicti pertinentia. Sed traditur postea in præceptis, quæ sunt de legato recte relinquendo.

XI. Quidam putant, hæc verba, *ab herede præstanda*, ideo [7] vitiose adiici, quia non semper legatum præstetur ab herede. Potest enim præstari a vivo testatore. *L. Lucius. 22. D. de legat. 2.* Sed multum interest, dicaturne legatum esse donatio, quæ præstetur ab herede, an vero quæ ita relinquatur, ut sit ab herede præstanda. Semper ab initio sic relinquitur, ut sit præstanda ab herede. Relinquitur, enim, ut præstetur post mortem, quippe testamento: cui locus non est nisi in his, quæ quis post mortem suam fieri velit. *L. 1. D. qui testam. fac. pos.* Sed quod ab initio hoc animo relictum est a testatore, nihil vetat, quominus testator, mutata voluntate, præstet ipse, dum vivit. Neque [8] tamen cum id faciet, eo minus

7) Ceu putant Hotom. Baro. Wes. Balduin. *ad d. §. 1.* Borch. *ibid. & de Pact. C. 5. n. 40.* Walth. 1. *Misc. C. 7.* A Guiber. 1. *Q. 14 n. 5.* Bron. 3. *Ass. 50.* Gœd. *ad L. 120. de V. S. n. 2.* nisi tamen, subdit hic, heredem per *κατάχρησιν* accipiamus (quod omnino non est dicendum) pro quovis successore etiam particulari, ut in *L. 219. de V. S.* quæ tamen hanc acceptionem vocis, *heredis*, minime probat. Sumi enim ibi apparet interpretationem ex mente contrahentium contra verba, eo quod in bonæ fidei contractibus magis quid actum, quam quid verbis cautum, spectetur. Turam. *de Exeq. Leg. C. 1. n 16.* agnoscit quidem Imperatoris esse ea verba, improbat tamen. Sed Cuiac. *in Not. d. §. 1.* scribit, ex antiqua Iurisprudentia manare, & a maioribus quasi per manus tradita. Definitionem autem etiam donationi mortis caussa convenire. Ad quod risum se non tenere, dicit Alb. Gentil. 1. *Lect. 16.* Ant. Fab. 6. *Coniect. 1. p. 252.* hæc verba Modestinum addere non potuisse, propter eam, quæ suo tempore supererat, differentiam inter legata per damnationem, quæ accipiebantur ab herede; & per vindicationem, quæ non item. Triboniano vero addere necesse fuisse, ut ex definitione, quæ sit hodie hac in parte legatorum omnium natura, cognosceretur. Sed immo & iure veteri vindicationis præstitisse heredem probat, *L. 47. Pr. de leg. 1.* Nimirum si non dominium, possessionem certe præstitit, quæ & hodie præstanda est, effectu legati vindicationis, (ut dominium ipso iure transeat) omnibus legatis accommodato, ut non dici possit, Tribon. ex hac caussa verba illa adiecisse. Nam si olim legato vindicationis non convenissent, ceu sentit Faber, nec hodie cuiquam legato convenirent. Aliter Marc. Lyclama. *Li. 4. Membranar. ecloga 2.*

8) Ita & A. Gent. 1. *Lect. 15.* Vult. *in §. 1. I. h. t. n. 5.* non negandum esse, quod testator præstare possit, sed nec negari posse, si ab alio præstanda sint, non posse nisi a solo herede. Sed hæc rem non plane expediunt. Puto ego, vix unquam legatum præstari a vivo testatore, ut legatum; uti nec ullum aliud genus relicti in ultima voluntate, repugnante videlicet illius natura, quæ est, ut, dum vivit testator, revocabilis sit, & ambulatoria, posteaquam vixit, & ad maiores abiit tum demum firmitudinem consequatur. Et ut nulla est viventis hereditas, ita nec legatum hereditatis delibatio, quomodo & post hæc scripta sentire comperi Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid. 11.* & olim sensisse Paul. Castr. *Cons. 236.* refert. Catelin. Cotta *in Memoralib. V. Legatum.* licet Gomez. quem itidem post superiora scripta legi, 1. *Var. Resol. 12 n. 4.* distingui velit, an simpliciter tradiderit testator, ut tum transeat in donationem puram, & firmam, nec Falcid. patiatur, an ex caussa præcedentis legati. In specie ita *d. L. 22.* animo legandi relicta militia præstita a vivo, non ut legatum, sed ut res donata. Ex qua tamen donatione legatum finitur ex probabili mente testantis, nisi alio fortior coniectura ducat. Merito. Nam etsi rem legatam post testamentum alii donet testator, eo ipso legatum adimitur, & finitur. Magis igitur si illi ipsi, cui testamento adscripsit. Aliter Curt. 2. *Coniect. ad. Fr. 23.* ex ea caussa non iterum præstari *in d. L. 22.* rem ab herede, quia species, seu corpus, non nisi unicam solutionem recipiat. Unde aliter dicendum putat in pecunia legata, & a vivo testatore præstita, arg. *L. 12. D. de probat.* Recte autem doctissimus Arumæ. animadvertit ex. *Inst. 9. Th. 1.* Si ex *d. L. 12.* illatio firma esset, verba quoque illa *a defuncto* e definitione Imperatoris eliminanda fore.

minus semper verum erit, legatum ab initio cum relinquitur, sic esse relictum, ut esset ab herede præstandum.

XII. Est & alia definitio legati, quam Florentini esse dixi, exstatque in *d. L. legatum*. 116. *D. de leg.* 1. in hæc verba; ut sit legatum [9] *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*. Hæc definitio verbis distans, re ipsa eadem est plane cum superiore, vel potius cum superioribus. Tantum quod in illis brevius, & ob id fortasse obscurius comprehensum erat, hæc pluribus explicat. Significat legatum donationem esse, cum ait esse, quod testator cui collatum velit. Significat donationem esse testamento relictam, cum ait, id præstandum ex eo, quod universum heredis foret. Sic enim testator vult collatum post mortem suam, quia heres, & hereditas non sunt, nisi defuncti. *L. hereditas, D. de reg. iur.* Proinde collatum testamento quia codicillis nihil legari potuit. Ab herede præstandum esse non obscure significat, cum vocat delibationem hereditatis, ubi præstatur quid ex eo, quod totum heredis foret.

XIII. Cum igitur legatum sit donatio, quæ ab herede præstanda sit: sequitur, eum solum legare, qui ita donat, ut heredem suum obstringat ad dandum. Qui autem rogat tantum heredem suum, ut det, legare non videri; quoniam qui rogat, non dat ipse quidquam, neque heredem obstringit, ut det: sed fidei, & pudori heredis committit. Hinc primum intellectum est, aliud fideicommissum esse, aliud legatum: ac propterea fideicommissum ut ad legem duodecim tabularum, quæ de legatis cavet, nihil pertinens, nullam necessitatem præstationis in se habuisse,

9) Ant. Guib. 1. *Q.* 14. *n.* 6. 7. 8. Delibatio, inquit, hic non est diminutio (uti Ræv. *ad L.* 7. *de R. I.* quasi heres ab hereditate reliqua separat; quæ legatariis præstanda) quia legatum est pars bonorum non hereditatis, neque ut Baro (ac Forst. 1. *de Succ*. 40. *n.* 3. *&* 4. prægustatio, quasi legata prius promantur ex universo, quia immo non debentur ante aditionem. Sed deductio ita leviter facta, ut hereditas integra censeatur. Quomodo Cicero in Catone Maiore dicit delibatos animos ex mente divina. Vid. & A. Gent. 1. *Lect.* 14. ubi hanc definitionem tuetur contra Alc. 9. *Parerg.* 21. obiicientem, quod sit genus metaphoricum. Nam Resp. Gentil. non omnis translatio damnatur, sed obscura. Hæc autem vox est notissimæ significationis. Insectatur vero Cuiacium Gentilis, qui, ut & Gœd. *ad L.* 120. *de V. S. n.* 2. IC. respexisse putat ad L. Falcid. Sic enim non ex natura sua, nec ut ante legem Falcid. fuit, definiretur. Infelicior Matth. Gribald. *ad Rub. de leg.* 1. correctio legentis *deliberatio hereditatis*, id est de hereditate, confutata a Conr. Offenbachio in *Addit. ibid.*

CAP. II.

Fideicommissum quid sit: Quid a legatis distulerit olim: & de harum rerum, quæ postea secuta est, exæquatione.

Fideicommissum quid sit. I.
In quo olim a legato differret. II.
Illud temporibus Augusti cœpisse valere, ac effectu vim legati obtinuisse. III.
Differentias tamen plures inter ea olim mansisse. Quæ essent. IV. *seqq.*
Hæ sublatæ omnes a Iustiniano. IX.
Duæ excipiuntur; & quæ nam. X. XI.
Quo loco exposuerit Auctor, has duas differentias etiam hodie manere. XII.
Illas multo etiam ante tempora Iustiniani fuisse sublatas. XIII.
Reliquam tractationem de legatis, & fideicommissis nasci ex regula: uti quisque legaverit de re sua, id ita ius, ratumve sit. XV.
Partitio. XVI. *seqq.*
Cur hic prius de voluntate legandi, quam de potestate, tractandum. XXI.

I. ET tamen fideicommissa etiam postea admissa sunt, & legatorum vim habere cœperunt. Quamobrem & quid sit fideicommissum, & quid velimus id a legato differre, aut cum legato simile habere, ut de utroque vel separatim, vel in commune dicendum sit, cognoscendum est. [1] Fideicommissum est omne, de quo quis suprema voluntate defuncti rogatus est, ut daret vel faceret. *Inst. de sing. reb.*

1) Chiflet *Lib.* 1. *de Iur. Fideic. Q.* 6. definit, quod sit figura mortis caussa capiendi *L.* 31. *pr. de mort. ca. don.* (Errant enim omnino qui fideicom. quoddam inter vivos agnoscunt) rem precario alicui relictam, quatenus adrogatum iudicio defuncti pervenit, iure voluntatis tantum subnixa. Huiusque descriptionis singula fere verba non inscite explicat.

reb. per fid. rel. in pr. & *§. ultim.* Unde & quod hoc modo relinquitur, dicitur relinqui [2] verbis precariis. *L. coheredi*, *§. cum filia*. *D. de vulg.* Et in eo precaria voluntas testatoris. *L. cum proponebatur*. 64. *L.* 4. *D. de leg.* 2. Nomen ex re, quæ initio fuit. De quo a me etiam ante pluribus dictum est in fideicommissariis hereditatibus, libri superioris Cap. XV. Dictum est igitur fideicommissum, quod res fidei eius, qui rogatus esset, committeretur. Ac vere initio fideicommissum fuit, ut nomen rei optime conveniret. Sic enim res pendebat ex fide eius, qui rogabatur, ut præstaret ipse, si vellet: si nollet, nulla esset necessitas præstandi; nulla ei, cui relictum erat, eo nomine actio. *Inst. de her. act. in pr.* Scilicet quia lex duodecim tabularum, quæ est de supremis voluntatibus confirmandis, caverat de legato.

II. Porro constabat ex horum definitionibus, & vi verborum, fideicommissum legatum non esse. Hæc est illa differentia, quæ legitur apud Ulpianum in fragmentis Institutionum *Tit. de legatis*, ut *legatum* sit, quod legis modo, id est imperative relinquitur: *fideicommissum* autem, quod precativo modo. Itaque hoc primum non in verbis tantum, sed in re ipsa discrimen initio fuit inter legatum, & fideicommissum.

III. Tandem inductum temporibus Augusti, ut fideicommissa quoque valerent. Cuius rei historia diligenter relata est *Inst. de fid. her. in pr.* Ac de singulis quoque rebus per fideicommissum relictis actio constituta. *L. pecuniæ*, *§. actionis*. *D. de verb. sign.* Hoc iure introducto, cœpit intelligi fideicommissa cum multis in rebus differrent a legatis, effectu tamen vim legati obtinere, atque adeo pro legato esse. Inde dictum, & fideicommissum legati appellatione contineri. *L. & fideicommissum*. 87. *D. de legat.* 3. Inde & illud Scævolæ, ut quasi legati verbum generis nomen esset, huius species fideicommissum, ita hac forma loquendi uteretur, ut diceret, Mævium quid legasse per fideicommissum, dum hoc sentit, eum quid per fideicommissum reliquisse. *L. uxorem*. 41. *§. legaverat*. *D. de leg.* 3.

IV. Nihilominus tamen post vim illam fideicommissis primo tributam, [3] differentiæ complures inter legata, & fideicommissa manserant, cuius generis multæ relatæ sunt ab Ulpiano in fragmentis Institutionum, *Tit. de legatis*, *& Tit. de fideicommissis*. Item a Caio *Lib. II. Inst. sub iisdem titulis*. Sed quæ in libris nostris, id est, in Pandectis, & Institutionibus Iustiniani nobis relictæ sint, hæ fere sunt. Prima illa, quæ ad genus actionis de his persequendis pertinet. Nam de legatis non tantum fuit actio in personam legatario tanquam de re debita: sed etiam in rem tanquam de re sua, si quidem res legata fuisset testatoris. *L. cum filius*. 76. *§. variis*. *D. de leg.* 2. *Caius Lib.* 2. *Inst. Theophilus*, *§.* 1. *Inst. de lega.* Fideicommissi autem persecutio fuit in personam; in rem nulla: cum, ut fideicommissum non relinquebatur directo, sed per interpositam personam eius, qui rogabatur; ita [4] nec dominium fideicommissi recta transiret a testatore in fideicommissarium,

2) Atque hoc est essentiale discrimen, hodie etiam relictum, vid *infra N.* 2. Non quod legati verba ad honoratum, fideicommissi ad heredem semper dirigantur, ut vulgo sentiunt: Id enim aperte refellit legatum damnationis, & sinendi modo. Et fideicommissi quoque verba quandoque ad honoratum directa *L.* 69. *pr. L.* 75. *pr.* (ubi necessitas nulla movit, Cui. 2. *Obs.* 3. A. Fab. 3. *Coni.* 12. Carol. Libbæum *in Obs. Synops. Basil. Lib.* 44. *Tit. de Legatis* C. 70. pro *ac si*, reponere *esse*) *de leg.* 2. *L.* 11. *§.* 3. *&* 4. *de leg.* 3. *& simil.* (Quin immo quandoque fideic. petitur, cuius verba nec ad heredem, nec ad fideic. directa, ut in *L.* 37 *§.* 2. *de leg.* 3. ceu notavit Chiflet. *d. Lib.* 1. *C.* 6.) Sed quod illud directis, hoc precariis verbis constat. Vid. Duar. *ad Rub. de leg.* 1. *&* 2. *Disp.* 9. Turamin. *de Exaquat. Legat.* C. 1. *n.* 10. *&* C. 3. *n.* 2. *& seqq.*

3) De quibus videri possunt Zas. *ad L.* 1. *de leg.* 1. Duar. *ibid. &* 2. *Disp.* 9. Chiflet. *Li.* 2. *de I. Fideic.* C. 5. Vult. *in pr. I. de fid. her.* Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. creat. §.* 17. *Requisite* 28. *n.* 119. Matth. Gribald. *ad L.* 2. *C. com de leg.* Matthæac. *Epit. legat. Li.* 1. *C.* 1. *n.* 10. *& seq.* Quas quia plenius, & accuratius persequitur Alex. Turam. *Lib. de Exaq. Leg. C.* 1. *&* 3. *seqq.* libet brevibus receptas referre. Recenset is differentias 18. 1. Origine Legatis necessitas etiam iure Pontificio (quod 12. tabb. antiquius) Cic. 2. *de LL.* Fideicommissa nulla ante Augustum. 2. Etymologia. 3. Definitione. *Hac d.* C. 14. Divisione Legatum nullum Universale sed aut particulare, aut Partitionis, quod Universale, ideo non est, de quo vid. *not. infra* C. 11. *Hac. C.* 2. 5. Verbis imperativis, & precariis. 6. Legata omnino verba requirunt. Fideicommissa etiam nuto relinqui possunt. 7. Fideicommissa etiam Græce, vid. *N.* 5. 8. Legata ab intestato relinqui non poterant. Item nec ante institutionem heredis *§.* 34. *I. de leg.* Fideicommissa poterant, Ulp. *tit.* 25. *§.* 8. *Hac.* C. 3. 9. Legata post mortem heredis relinqui non poterant, vid. *infr. N.* 7. 10. Legatum a legatario relinqui non potest, vid. *N.* 6. 11. Fideicommitti illi potest a patre vel domino heredis instituti *L.* 11. *de leg.* 1. legari nequit, Ulp. *tit.* 25. *§.* 10. 12. Latini Iuniani fideicommissum capere poterant, Legatum non item, Ulp. *tit.* 25. *§.* 7. 13. Legari tantum poterant res testatoris (excepto legato damnationis, quod in hoc cum fideicommissis conveniebat.) Fideicommitti etiam de alienis. 14. differentia inter fideicommissum & legatum damnationis. In hoc enim inficiando lis crescebat, *§. ult. I. de Obl. qua quasi ex contr.* 15. Fideicom. non per formulam petebantur, sed eorum cognitio prætorum, & præsidum, Ulp. *tit.* 25. *§.* 12. 16. In legato vindicationis possessionem propria auctoritate apprehendere fas erat: Fideicommissa non nisi de manu rogati accipi poterant. 17. Dominium fideicommissi recta non transit, ut in legatis vindicationis, & sinendi modo. 18. ab omnibus prætermissa. Fideicommissa nuda voluntate infirmantur, *L. si iure* 18. *de leg.* 3. etiam præsumpta *L.* 3. *§. ul. de adim. leg.* Legata verbis adimi est. Per Ulp. *tit.* 24. *§.* 9. *ibi*, dum eodem modo adimatur, quo datum est, quamvis & in eis sit doli exceptio *d. L.* 3. *§. ult.* Hæc C. 4. Atque ita Turaminus.

4) Ideoque fideicommissario missione in rem opus erat, Chiflet. *Li.* 1. *de iure Fideic.* C. 5. quia fideicommissi verba non

rium, sed tunc, cum hic a manu rogati relictum accepisset. *§. ult. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Sed & hæc ipsa fideicommissi persecutio extraordinaria fuit, non ut de legato ordinaria. *L. pecuniæ. §. actionis. de verb. sig.* Quo verbo significabatur, sic de fideicommisso actionem fuisse, ut is, cuius de ea re iurisdictio esset, de fideicommisso aditus, ipse de caussa cognoscere deberet, non posset autem in ea iudicem dare. Sic enim mos erat iudiciorum, ut magistratus, apud quem ageretur, pro iurisdictione, & potestate iudicem dare posset, qui de re cognosceret, & iudicaret. Unde dictum, licentiam iudicis dandi esse Iurisdictionem, seu iurisdictionis. *L. 3. D. de iurisf.* Quod cum facere magistratui non licebat, dum iubebatur ipse cognoscere: inde dicebatur cognitio eius, & persecutio in iudicium deducta esse extraordinaria, quia instituerenr, & transigeretur præter ordinem, & morem in iudiciis & iurisdictione servari solitum. Ut hoc verbi bene exposuit Duarenus *Lib. 2. Disputa. C. 9.*

V. Fuit & illa differentia altera generalis, quæ & ipsa alias speciales peperit, quod placebat legata angustius, & restrictius accipi; fideicommissa plenius, & benignius. *§. sed non usq. Inst. de leg.* Quippe ex lege erat legandi potestas. *L. verbis legis. D. de verb. sign.* Fideicommissorum vis more, & benigna interpretatione introducta tanquam in ea re, quæ ex voluntate testatoris magis descenderet, quam ex verbis, aut iure certo, ut significatur in *d. §. sed non usq. Inst. de leg.* Consentaneum igitur fuit in legatis auctoritatem legis servari, nihil ut in his valeret, nisi quod verbis, & præscripto legis conveniret. Fideicommissa autem cnm a lege non essent, sed benigne recepta, visum est etiam sic debere accipi, ut in his contemneretur subtilitas legis; benignitas autem illa interpretationis per omnia retineretur.

VI. Ex hoc fonte aliæ differentiæ speciales natæ sunt. Hæ autem, ut quidem in libris nostris non obscure occurrunt, numero sunt tres. Prima in eo, quod placuit, legata testamento solum relinqui posse; [5] codicillis non posse. *§. præterea. Inst. de fid. her.* Unde supra legatum definitum donatio testamento relicta. Nempe ideo, quia ab initio lege ita ratum fuit, quod suprema voluntate relinquebatur, si relinqueretur testamento: cum codicilli multo post inductum usum testamentorum inventi, & recepti sint, ut traditur *Inst. de cod. in pr.* Codicillis autem semel receptis, non ideo licuit codicillis legatum relinquere; quia constabat, codicillos inventos esse fideicommissorum caussa, non autem infringendæ auctoritatis legis gratia, quæ auctoritas prius servabatur in legatis.

VII. Secunda differentia fuit in eo, quod placebat legata quemadmodum solo testamento relinqui poterant, ita solum ab herede, qui testamento solo recte instituitur, *§. ultim. Inst. de cod.* relinqui posse; cum fideicommissum ab herede, & a legatario, & a fideicommissario recte relinqueretur. *Inst. de sing. reb. per fid. rel.* in prin. & §. 1. Differentiæ ratio ex verbis legis duodecim tabularum, quæ cavet de legatis. Sic enim verba sunt, ut iubeat ius, & ratum esse, quod quis legassit; sed nominatim rei suæ, seu de re pecuniave sua. *d. L. verbis. D. de ver. sig.* Iam vero proprie tum demum quisque de suo legare intelligitur, cum aut recta, quod suum est, confert in aliquem, aut relinquens ab alio relinquit ab herede suo; quia heres eadem persona cum defuncto esse intelligitur. *Novel. de iurei. a mor. præf.* Qui autem a legatario quid legat, is nec legat quod suum sit, sed quod legatarii, ac proinde alienum; nec legat ab eo, qui defuncti personam sustineat, cum legatarii in ius universum non succedant. *§. legatariis, Inst. de testa.* Sed hæc subtilitas verborum est, hæc [6] vero in fideicommissis negligitur. Nec abs re; cum si æquitas spectetur, non solum æquum sit de re nostra nobis statuere licere: sed etiam eum obligare, qui a nobis accipiendo se ei obligationi subiecit. *L. 1. §. pen. D. de leg. 3.*

VIII. Tertia differentia hæc fuit, ut legatum post mortem heredis, aut legatarii relinqui non posset, fideicommissum posset. *§. post mortem. Inst. de leg.* Nimirum quia in legato, cuius relinquendi potestas a lege fuit, auctoritas iuris, & regula

non sunt apta ad vindicationem. Dicuntur tamen fideicommissa vindicari, sed latiore acceptione, vid. Duar. *ad L. 1. de leg. 1.* Vult autem A. Fab. nec post acceptum fideicommiss. dominium Quiritarium acquisitum fuisse, de quo vid. *not. Lib. 7. C. 25. N. 4.*

5) Et hinc fideicommitti etiam Græcis verbis, aliave lingua potuit *L. 11. pr. de leg. 3.* Legari non nisi Latine, Ulp. *tit.* 25. §. 9. Quia Græca verba non sunt directa, seu legitima, quo probat *L. directas 14. C. de testam. man.* ubi favore libertatis habentur pro directis, & quia legata testamento relinquebantur, quod coram civibus nuncupandum. Fideicommissa plerumque codicillis a peregre profectis, ubi expediebat ea lingua uti, qua gens vel civitas illa uteretur, Turamin. *de Exaq. Legat. C. 3. n. 8. & 9.*

6) Ita Don. noster *ad Rub. C. de fideicomm. n. 5.* & Turamin. *d. Lib. C. 4. n. 6.* Hinc multa exempla exstant fideicommissi relicti legatario *L. 5. L. 8. de leg. 3. & simil.* nullum legati ab eo relicti.

gula servari debuit: cui non item locus est in fideicommissis. Fuit autem hæc regula iuris veteris, 7 actiones ab heredibus, aut contra heredes incipere non posse. *L. unica. C. ut act. ab hered. & cont. her. inci.* Ratio diligenter exposita a Theophilo in *d. §. post mortem.*

IX. Sed hæ omnes differentiæ, & si quæ sunt aliæ relatæ ab Ulpiano, & Caio in fragmentis Institutionum, olim fuerunt. Postea sublatæ sunt a Iustiniano, idque effectum *L. 1. & L. 2. C. com. de leg.* quarum sententia refertur *in §. 1. & §. sed non usque, Instit. de leg.* Constitutionum autem hæc summa, 8 per omnia exæquata esse legata fideicommissis, & contra fideicommissa legatis; ut quod amplius fuit in uno genere ex iure vetere, id iam etiam in altero licere, & usurpari posse intelligatur. Quod potissimum cavetur *d. L. 2. com. de leg.* Vis autem hæc est, ut si de actione quærimus, sciamus, iisdem actionibus fideicommissa peti posse, quibus olim legata potuerunt. Cautum *d. L. 1. com. de leg. §. 1. Inst. de leg.* sive quærimus de viribus utriusque relicti, sit hoc iuris, ut legata non aliter, quam fideicommissa, & codicillis relinqui possint, & relinqui a legatario, & relinqui post mortem heredis vel legatarii: sublatis nimirum illis differentiis, quæ prius fuissent.

X. Unum genus relicti ex omnibus hic excipio; quod animadverto, quia mutari ex voluntate testatoris non poterat, etiam post superiorem exæquationem veteres differentias duas inter eius generis legatum & fideicommissum retinuisse. Id genus est 9 libertas testamento data: quæ utrum servo relinqueretur directo, an per fideicommissum, iam olim hoc interfuit, quod qui ex fideicommissi caussa manumitteretur, non testatoris fieri libertus, etiam si testatoris servus esset, sed eius, qui manumisisset. At is qui directo liber esse iubebatur; ipsius testatoris libertus fieret: qui etiam orcinus appellabatur; quasi *orci*, & nullius libertus. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Quod & hodie retineri necesse est. Nam servus manumissus, cuius potest libertus esse, nisi eius, a quo manumissus est? A quo porro manumittitur, qui directo iubetur esse liber, nisi a testatore? A quo is, cui per fideicommissum libertas relicta est, nisi ab eo, qui ipse rogatus est manumittere?

XI. Atque ex hac differentia etiam alia veteribus nata est, ut si diversæ essent scripturæ de libertate, placeret in directis libertatibus, levissimam scripturam, quæ pro libertate faceret, esse spectandam: in fideicommissariis novissimam; qualis regula servatur in cæteris rebus legatis, *L. quod traditum. 87. & tribus seqq. D. de cond. & dem.*

XII. Quod ius totum quam recte dicamus etiam nunc valere; quam differentiæ rationem & ab aliis relictis, & ipsum inter se habeat; & quam nihil obstent constitutiones Iustiniani de legatorum, & fideicommissorum exæquatione, quominus idem nunc quoque retinendum putemus;
expo-

7) Ita & Turamin. *d. Cap. 4. n. 3.* dicens, fideicommisso eam regulam non obstitisse, quia id erat onus reale impersonaliter conceptum.

8) Hotom. *in §. 3. I. h.* adæquata esse quantum ad res, Falcidiam, & iura, seu vim utrorumque. Non autem ut verbis precativis fiat legatum, & contra. Vasq. *Lib. 2. de Succ. creat. §. 27. n. 19.* inter legata, & fideicommissa hodieque esse plures differentias in creatione, & resolutione (ut loquitur) non vero in viribus, & efficacia. Chiflet. *Lib. 2. de d. Fideicomm. Cap. 6.* hodie legata a fideicommissis solo verborum sono distingui, sicuti pignus ab hypotheca, quomodo & Peregrin. *de Fideicomm. Artic. 1. n. 53. & seqq.* & vulgus DD. ref. Gribaldo *ad d. L. 2. C. comm. de leg.* Sed Turamin. *de Exaq. Legat. Cap. 7.* contendit, unicam intentionem Iustiniani fuisse differentias submovere inter verba legitima, seu directa, & obliqua, seu precaria. Quod ex ipsis legis 2. *C. com. de leg.* verbis primis, & extremis liquere ostendit. Non igitur & in eo adæquari, ut & nutu relinqui possint legata, quia hic non est discrimen inter diversa verba, sed verba, & nutum. Nam Imperator ipse *d. L. 2.* sic exorditur, *Omne verbum, &c. utile* Respicere itaque exæquationem effectus, non species ipsas legatorum, & fideicommissorum. Legatum, ait Turaminus omne, quod iure antiquo, tanquam legatum, effectum habere non potuit, valet iure novo, in vim fideicommissi, non est tamen fideicommissum quod probant verba *d. L. 2. imbuerunt intelligantur, & intelligatur esse legatum, &c.* Non natura utriusque confunditur. Æquale enim est ex generibus relatorum, nec quidquam sibi, sed alteri æquale est. Facit inscriptio *Tit. C. communia de leg. & fideicomm.* Quoties igitur legatum iure legati valere nequit, ita fideicommisso exæquatur, ut nulla maneat differentia, & sic accipe, *§. ult. I. de Obl. qua q. ex contr.* Cum autem utrumque per se valere potest, omnes differentiæ maneant, quia cessat tunc ratio exæquationis finalis: Ut morientibus prospiciatur. Hæc summa est sententia Turamini, quæ nec a vero, nec a verbis *d. L. 2.* dissona videtur. Convenit fere ante Turamin. Gribal. *ad d. L. 2. C. comm. de leg.* substantiales differentias ea lege non sublatas, nec utriusque essentiam ac naturam confusam pluribus rationibus firmans.

9) Male igitur, Coras. 5. *Misc.* 17. Iustin. hic factitasse, quod alias illi non insuetum, ut eorum se auctorem scribat, quæ a veteribus etiam tradita, sed sparse, ac imperfecte, quæ ipse in unum coegit. Nec melius Robert. 2. *Sent.* 23. effectu ipso nec iure Pandect. diffidere legata a fideicommissis. Et tempore Ulp. exæquata ita esse, ut quod amplius antiquo iure fideicommissis inerat, omne etiam legatis communicaretur. Cumque antea non aliter, quam certis formulis legata relinquerentur, fideicom. autem etiam nutu, id ad legata extensum fuisse ante Iustin. (quod falsissimum est, & ex Ulpian. fragmentis satis refellitur.) Iustin. autem contra etiam fideicommissa legatis exæquasse. Exæquata fuisse, tempore Ulp. *d. L. 1.* non ut nulla re amplius diversa essent. Sic enim utrumque esset exprimendum (Legata fideicommissis, & fideicommissa legatis esse exæquata) sed quod infirmior legatorum vis, id a fideicommissis ipsis accommodatum. Exæquari namque esse ad id auctoritatis pervenire, æque potentem fieri, non omnino similem. Ita Rob. quem 18. differentiæ ex Turamino *supr. N. 3.* relatæ abunde confutant. Ac leve est, quod dicit, tempore Ulp. legata fideicommissis exæquata fuisse, non contra, in quo Bart. auctorem habet. Nam, ut recte Duar. *ad L. 1. de leg. 1.* non potest res æqualis esse alteri, quin sint æquales inter se.

exposui infra capite quarto in extremo, in ea quæstione, in qua quæritur, duabus scripturis diversis de re quaque propositis, utram sequamur. In qua discrimen inter libertates directas, & fideicommissarias in hoc genere traditum maxime hoc exigebat, ut videremus, maneretne etiam nunc hodie; & si manet, qui fiat, ut non videatur constitutionibus Iustiniani de exæquatis per omnia legatis, & fideicommissis, esse contrarium. Ab hoc genere, atque his differentiis si discesserimus, [10] nullas differentias excipiemus inter legata, & fideicommissa, quæ sublatæ non sint superioribus constitutionibus.

XIII. Quid tamen dicemus, si hæ differentiæ multo ante tempora [11] Iustiniani sublatæ sunt, quas tamen ipse se sustulisse profitetur? Et vero ita esse videtur. Nam quod ipse scribit in §. *sed non usque. Inst. de leg.* omnia se legata fideicommissis exæquasse, ut nulla sit inter ea differentia ex *L. 1. C. com. de leg.* hoc idem totidem verbis definitur *in L. 1. D. de leg.* 1. nempe his: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*; tribuiturque definitio Ulpiano in Pandectis Florentinis, ut & in aliis exemplaribus. Sed apparet, definitionem sumptam esse ex constitutione Iustiniani. Quod similitudo verborum satis arguit. Ulpiani certe non fuit, cuius temporibus illas differentias valuisse, quas supra retuli, & plures ipse optimus testis est in fragmentis Institutionum sub titulis de legatis, & de fideicommissis. Nec nos moverit inscriptio vulgaris in hæc verba, Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum. Nihil enim verius, quam quod de hoc loco scripsit ex professo Duarenus *Lib. II. Disputa. C. IX.* aut sequendam hic aliorum exemplarium auctoritatem, quorum in quibusdam illa *lex prima, de leg.* 1. sine ulla inscriptione legitur, ut [12] in Noricis: in quibusdam inscriptio est [13] imperator, ut in Codice quodam Bituricensi. Aut si tanti est auctoritas Pandectarum Florentinarum, ut inscriptio retineat Ulpiani nomen: faten-

10) Vigl. *in* §. 11. *I. de testam. n.* 3. inscriptionem in Haloandrin. Pand. deesse & *d. L.* 1. compilatores adiecisse, in quo consentit Matth. Grib. *ad d. L.* 1. *de leg.* 1. Sed Rob. 2. *Sent.* 23. minime Triboniano concessum fuisse, ut addere, & detrahere ICtorum Responsis, ita integram constitutionem Imper. illis interserere: adde Turam. *in n.* 14.

11) Legisse se ita in manuscripto, sed risisse scribit Cui. 8. *Obs.* 4. intelligens *d. L.* 1. quoad quartæ deductionem, ut idem sit in Falcidia quod in Trebellianica (quod falsum est, alibique refelletur, & imo Pegasian. SC. non pertinet ad fideicommissa singularia, quæ sola legatis exæquata, non universalia, ut recte Duar. *ad d. L.* 1. & Zas. *ib. n.* 13.) & quoad interdictum quod legatorum, in quo ei consentit Pac. 6. *Q.* 2. & Rev. *ut N. seq.*

12) Hot. *in* §. 5. *I. h. t.* Ulp. *pene* vel *propemodum*, vel tale quidpiam addidisse, quod Tribon. omiserit, Baro *ibid.* & Ant. Aug. 3. *Emend.* 9. *pag.* 167. exceptiones ab Ulp. adscriptas compositores detraxisse, quod placet Balduino in *d.* §. 2. *n.* 14. & Fachin. 5. *Contr.* 30. Et Tribon. potestatem suam addendi ac detrahendi hic usurpasse, Govean. 1. *Var. Lect.* 19. Turamin. *de Exaq. Leg. C.* 6. *n.* 7. *&* *n.* 12. Trib. adiecisse verba, *per omnia*. Minime autem totam L. falso adscribi Ulpiano, ut vult Duar. Ista enim potestas non data: & cur Ulpiano magis tribueretur, quam Paulo, Caio, aliive; cur liber assignaretur? Alb. Gent. 1. *Lect.* 17. Proprie, inquit, diversorum est exæquatio. Et possunt omisisse compositores, si quæ ad iuris enucleati consonantiam non faciebant. Alia vero est exæquatio Iustiniani. Ulp. facit paria, Iustin. eadem. Et nove, Marc. Lyclama *Lib.* 4. *Membr. eclega* 2. diversa esse exæquationem, qua similitudo tantum repræsentatur, & omnis differentiæ sublationem, quæ a Iustiniano. Quod non ita est, per dicta *supr. N.* 8. Ræver. 3. *Var.* 4. (ut & Cuiac. ut *N. praced.* & Vult. *in* §. 3. *I. de reg. n.* 2.) d. L. 1. ad Interdict. Quod legatorum, de quo & Interd. Quorum bonorum Ulp. *Lib.* 67. *ad Edictum* egit, ut sit sensus perinde fideicommissa occupantem teneri eo interdicto, ac si legata occupasset. Quod displicet Alb. Gent. 1. *Lect.* 13. *&* 17. & Chiffletio *Lib.* 2. *de l. Fidcio. Cap.* 6. putanti, occasione quidem illius Interdicti regulam generalem concepisse Ulpian. non tamen eam ad solius Interdicti caussam pertinere, sed in plerisque partibus exæquatio Ulp. tempore recepta, eum generali hac formula, *per omnia*, regulam concepisse, quæ etsi nonnullas tum pateretur restrictiones, non ideo tamen vitiosa. Sic enim in *L.* 1. *Sol. matr.* verba, *semper, & ubique*, non excludunt quosdam casus, quibus dotis caussa non est præcipua. Et huc tandem quoque recurrit Alb. Gent. *d. C.* 17. post Zas. in *d. L.* 1. *n.* 11. scribentem in Logicis per instantiam unam everti universalem propositionem. In moralibus autem, & accidentalibus, qui sunt actus hominum, Universalem propositionem manere, etsi non in omnibus verificetur.

13) Sed immo ad libertatum dstiones plane non pertinet *d. L.* 2. ut dici non debeat, in illis exceptionem ponendam effn. Recte enim Vacon. 4. *Declar.* 53. *n.* 1. ac Govean. *ad L.* 16. *de Vulg. n.* 1. dationem directæ libertatis, non esse legatum. Quod licet displiceat Duareno *ad L.* 2. *de leg.* 1. A. Gent. 1. *Lect.* 17. & Matthæac. *Epit. legat. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 21. *& seqq.* quia & libertas, ceu putant illi, legari dicatur *L.* 6. §. *ultim. de hered. instit.* firmissime tamen adstruitur, a Turamino *Epist. acadrm.* 2. *& Lib. sing. de Exaqu. leg. Cap.* 5. Rationes hæ. 1. quia non est donatio, sed manumissio. 2. Nunquam præstatur ab herede, sed mortuo testatore servus is statim liber fit. 3. Legatum vel est rei testatoris propriæ, vel alienæ. Libertas autem, quæ datur nec in bonis testatoris, nec alterius. Dominus servi quidem is est, sed non libertatis; ac manumittendo non transfert libertatem, sed removet obicem servitutis. 4. Tit. in D. inscribitur non de libertate *legata*, sed de manumissis testamento, isque seiunctus a materia legatorum. 5. Libertas fideicommissaria ubique opponitur, & distinguitur a directa, non a legataria. 6. *In leg.* 120. *de Verb. Sign.* aperte datio legatorum, & libertatis seinnguntur. 7. Ad hoc est *tex. in L.* 94. §. *ultim. de leg.* 1. 8. Item in *leg.* 39. *de man. testament.* in verbis: Inter libertatem, & legatum, *quantum ad hanc caussam*, nihil distat. 8. Facit *L.* 80. *de V. S.* in verbis, *ex mente continentur*, alioqui non esset id ex mente, sed verborum vi. 9. *d. L.* §. 6. *ult. de her. inst.* non infirmat, sed confirmat hanc sententiam, quia servus heres institutus libertatem a seipso accipit, *d. L.* 6. §. *ul.* Iam vero heredi a se ipso legari nequit *L.* 116. §. 1. *de leg.* 1. Verborum autem extremorum, *nam sicuti legari*, *&c.* hic est sensus: Ut non posset, si legatum esset, a se ipso id accipere, ita nec a se ipso adimi. (Recte.) Nam si verbum *legari* in *d.* §. *ult.* refert ad libertatem, pugnantia erit in illo textu, quod miror, Duarenum non animadvertere. Sensus enim erit: Legari, id est libertas relinqui sibi a se nequit. Atqui proxima linea dicebat IC. servum libertatem a se ipso accipere. Quare ducitur ibi argumentum a legato ad libertatis dationem. Obi. *L. ult. C. de Comm. serv. man.* Resp. Ibi non tam libertas legata, quæ per partes acquiri nequit, quam pars dominica. Hæc Turaminus cui non possum non assentiri, cum quæ contra adfert Matthæacius *supr. d. loc.* levia sint, & auctore indigna.

fatendum esse, locum esse [14] interpolatum a Triboniano, ut cum forte reperisset scriptum apud Ulpianum, fideicommissa legati vicem obtinere, aut fideicommissa comparari legatis, voluerit quidem retinere hanc sententiam, quæ per se vera erat: sed cum non satis hæc esset ad exprimendam legatorum, & fideicommissorum similitudinem, quæ novis Iustiniani constitutionibus inducta esset, adiecerit id quod iam tum in iure erat, ut constitutionibus Iustiniani serviret. Atque ita sententiam reposuerit, *Per omnia legata exæquata sunt fideicommissis*. Et vero res ita habet, ut si hæc sententia Ulpiani esse non potuit, ut non potuisse satis ostendi, necessario relinquatur, id a Triboniano factum esse, quod ante dixi. Nec quisquam hoc requirat, an Tribonianus hoc facere potuerit in alienis scriptis iurisconsultorum sine crimine falsi. Sane enim potuit, facta ei a Iustiniano potestate immutandi ea, quæ contraria eius constitutionibus viderentur, & tamen relinquendi veterum inscriptiones, quasi ab auctoribus ipsis ab initio ita scriptum esset id, quod postea mutatum est. *L. 2. §. tanta. C. de vet. iur. enuc.* Nec semel Tribonianum in libris nostris ita interpolasse veterum scripta a bonis, & diligentibus harum rerum æstimatoribus observatum est. Certe cuivis vel mediocriter in veterum scriptis versato id ex stilo animadvertere promptum est factum esse in *L. si cum dotem. §. sin autem tantus.* & *§. seq. D. sol. mat.*

XIV. Sed cuicumque sententiam illam superiorem adscribere placebit, semper manebit illud, saltem post constitutiones superiores Iustiniani ita exæquata esse inter se legata, & fideicommissa, ut vi, & potestate relicti nihil inter se differant. Atque huc iam res redierit, ut legati verbum quodammodo generis nomen sit, quo relictum omne supremæ voluntatis significetur: cuius duæ sint species, legatum proprie ita dictum, & fideicommissum. Sed species quæ formula verborum differant dum legari dicitur, quod pro imperio relinquitur; fideicommissum, quod rogatu, & precibus interpositis. Cæterum cum de viribus utriusque quæritur, species eæ sint, quarum vis, & potestas sit eadem. Quæ cum ita sint, ne hic nobis suscipiatur de his separatim dicendi supervacuus labor, de utroque in commune ita dicemus, at quod de uno genere dictum erit, simul de altero dictum intelligatur.

XV. Postquam ergo quid sit legatum, & fideicommissum, tenemus: deinceps de iure, quod est de hac parte, cognoscendum est. Ius id in summa, quod comprehensum est illis verbis legis duodecim tabularum, ut quod quisque legaverit de re sua, id ita ius, ratumve sit. *L. verbis legis. D. de verb. sign.* Ex hoc iure nobis deinceps reliqua tractatio nascitur. Cum enim lex, quod quisque legaverit, ratum esse iubet, nempe hoc postulat, ut quæratur, quibus rebus id ita ratum fiat, ut hæc ex lege serventur; & in his, quæ ad eam rem valent, nihilne sit, quod excipiatur in omnibus relicti partibus. Hoc ergo agamus, ut sint nobis ista exposita. De quibus si constabit, ut in his legis sententia, & explicatio versatur, ita quid de hac parte ex iure tenendum sit, habebimus. Ac de utroque sic habeatur.

XVI. Ut ratum sit sine exceptione, quod quis legaverit, duabus his in rebus positum est. Primum, ut recte quæratur legatario. Tum, eo quæsito, ut quantum in eo legato est, tantum ei tenere liceat idoneis, & iure in eam rem comparatis rationibus.

XVII. Ita omnis de hac parte summa quæstio duplex est. Una de legati acquisitione; altera de iure retinendi, persequendique legati prius recte quæsiti.

XVIII. Acquirendi legati ratio eadem, quæ & cæterarum rerum, quæ testamento deferuntur. Constat enim & ipsa bis duabus rebus: ut ante omnia [15] delatum sit iure sive legatum, sive fideicommissum; & ut delatum recte sit susceptum.

XIX. Sed & delatio legati iisdem rebus continetur: ab initio quidem, ut sit relictum aliquid a defuncto, quod pro legato esse velit; tum ut relictum iure, quo scilicet legatum valeat, alioqui inutile, eoque & nullum futurum. Post autem ut quod recte cœpit, ad extremum perseveret, nec sit infirmatum. Quorum primum voluntatis quæstionem habet; secundum potestatis, quæ cuique in hac re iure tributa sit; tertium mistum ex utroque.

XX.

14) Vid. tamen *supr. not. N.* 8. Zas. *in L.* 1. *de leg.* 1. *n.* 10. superesse hanc differentiam, quod dominium fideicommissi non æque recta transeat in fideicommissarium, ut in legatarium legati; idque propter impedimentum naturæ, seu naturalis conditionis, ne plures eiusdem rei eodem tempore sint domini. Sed immo hanc differentiam sublatam esse ex *d. L.* 2. *C. Comm. de leg.* ubi æque de fideicommissis statim datur in rem actio.

15) Inter delatum, & acquisitum legatum multum interest. Ipso iure defertur adita hereditate, acquiritur agnitione, licet ea retrotrahatur ad diem aditionis. Delatum legatum repudiari potest, non acquisitum. Atque hinc concilianda *L.* 7. *de leg.* 1. cum *L.* 34. §. 2. *de leg.* 2. Cuiac. 3. *Obs.* 11. Pac. 6. Q. 4. Hotom. *ad L.* 1. *C. de remiss. pign.*

XX. Ac de susceptione legati dicetur postea suo ordine.

XXI. Nunc eam partem, quæ de delatione est, uti prima est, prius exsequamur. In qua de superioribus membris quo ordine a me proposita sunt, eodem dicemus, quem & naturæ convenientem possumus observare. De legato enim ipso non de potestate legandi quærentibus, primum est natura, ut statuatur, an sit res, de qua quæritur; proximum, si est, videre, qualis sit, iurene, an secus constituta. Dixi quidem aliquoties supra, sive de hereditatibus recte instituendis, sive de hereditate per fideicommissum recte relinquenda ageretur, initium faciendum esse a potestate testatoris, id est ab eo, quod ei iure in ea re liceret; post deinde de voluntate eius quærendum: ne frustra velle instituat, quod illi non conceditur. Sed hoc tunc vere dicitur, cum agitur de testatore ipso, præcipiturque, quid eum in testamento, & suprema voluntate recte ordinanda, testandaque facere oporteat. In hac enim deliberatione prius est omnino, ut norit, quid sit illud, quod potest in eo, quod instituit; ut sic deinde quod se posse cognovit, ad rem conferat, & velit. Ac si de legato ipso agatur, & propter legatum de legatario, ut nunc nobis sermo hic institutus est: invertitur omnino hic ordo legatario; cui necesse est prius quæri, an sit aliquid legatum, de quo aliquid sperare debeat; tum deinde videre, an sit utiliter relictum, quo ad id perveniat: ut scilicet prius de re, quam de iure, & qualitate rei quæratur. Et certe de iure legati quærenti, cui non probetur prius quid legatum esse, semper recte obiicietur, stulte eum facere, qui quærat de iure eius rei, quæ non est. Ut appareat, semper eum ad prius illud, an quid legatum sit, necessario revocari.

C A P. III.

Quibus tum ex verbis, tum rebus legatum, aut fideicommissum quid esse deprehendatur.

An quid legatum sit, colligitur aut ex verbis, *aut ex* demonstratione, *quæ vice verborum fungatur*. I.
Verba legatum exprimentia quæ sint, vetera legatorum genera docere. II.
Genera quatuor. III.
Quibus verbis legaretur per vindicationem. IV.
Quibus per damnationem. V.
Quibus sinendi modo. VI.
Quibus nam per præceptionem. VII.
Verba legati legatum indicare. VIII.
Item fideicommissi fideicommissum; & quæ nam sint. IX. X.
Utriusque verba si deficiant, quævis demonstratio, unde voluntas deprehendatur, pro utroque valet. XI.
Demonstratio aut in verbis *est testatoris, aut in eius* facto. XII.
Verborum, quæ aut non sint fideicommissi, aut sint inutilia, ac tamen illud ex coniectura inducant, genera quinque. XIII.
Primum *cum testator heredem rogat, ut faciat, quod per se rogetur inutiliter*. XIV.
Secundum, *cum testator, nullo legato, sic cavit:* non dubito, *vel* scio, te restiturum. Scio, omnia, quæ tibi relinquo, ad filios perventura, *& similibus verbis*. XV.
Tertium, *quando neminem alloquens, dicit, se aliquos, quibus prius legaverat, in eo, quod legaverat, mutuo substituisse, nec substitutio facta est*. XVI.
Quartum, *cum verba confert ad eum, cui relinquit:* contentus esto hoc fundo; sufficiant tibi vineæ. XVII.
Quintum, *cum nec exprimit, cui relictum velit; id tamen constituit, quod appareat constitui alterius causa*. XVIII.
Cui testator prospectum voluit, seu cuius contemplatione quid cavit, ei relictum intelligitur. XIX.
Etiam nutu *relinqui fideicommissum*. XX.
Quo modo. XXI.
Quid si testator interrogatus, an velit, hoc, vel illud Titio dari, responderit: maxime. XXII.

I. AN quid legatum, fideicommissum sit, sic facile, & sine errore cognoscemus. Dicimus legatum esse donationem a defuncto relictam, seu quod quis post mortem suam cui collatum velit. Neque vero an quisquam id fecerit, aliter intelligi potest, quam si quo indicio apto id se velle ostenderit. Licet igitur ita recte defi-

definiamus, an legatum quid ſit, aut fideicommiſſum, intelligi ex verbis defuncti, quibus uſus ſit ad legandum vel fideicommittendum idoneis, aut pro verbis ea demonſtratione, quæ verborum vice fungatur, dum horum utrique voluntas non refragetur.

II. Verba legati, ſeu legatum exprimentia quæ ſint, vetera genera legatorum, & ſingulis propria verba attributa docebunt: ut quamvis genera ipſa, ſeu differentiæ generum a Iuſtiniano ſublatæ ſint, *L.* 1. *C. com. de leg.* §. 1. *Inſt. de leg.* tamen ex his etiam nunc hunc fructum percipiamus, ut norimus, quibus verbis quid legetur, quibus iiſdem poſitis legatum quid eſſe dubitare non poſſimus.

III. Ea genera [1] quatuor fuerunt, per vindicationem, per damnationem, ſinendi modo, per præceptionem. §. 1. *Inſt. de leg.* Verba ſingulorum propria hæc fuiſſe docet Ulpianus in fragmentis Inſtitutionum, *Tit. de leg.*

IV. Per vindicationem, inquit, his verbis legamus, *Do. lego, capito, ſumito, tibi habeto.* Significans huius generis verba eſſe, cum teſtator aut ipſe ſe alicui dare dicit, aut verbis ad legatarium directis, ipſum pro poteſtate capere relictum iubet.

V. Per damnationem his verbis: *Heres meus damnas eſto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo.* Ubi rurſum ſignificat, huius generis verba eſſe, cum verbis ad heredem directis non rogat, aut petit ab eo, ut det, ſed imperantis modo iubet eum dare. Quod imperare heredi etiam heredem damnare eſt. Eſt enim damnum deminutio rei familiaris. *L.* 3. *D. de dam. inf.* Unde damnare aliquem eſt imponere quid alicui, quod ad deminutionem rei familiaris eius pertineat.

VI. Sinendi modo ita: *Heres meus damnas eſto, ſinere Lucium Titium ſumere illam*

1) Vid. Turamin. *de Exeq. Legat. G.* 2. *n.* 2. *&* 11. *ſeqq.* qui *n.* 4. quintum genus addit, ex Theoph. *in* §. *ſed quia* 5. *I. de fideic. hered.* videlicet Legatum Partitionis, de quo vid. *infr. Cap.* 11. *N.* 18. *& ibi. not.* A. Fab. 6. *Coniect.* 1. vere fuiſſe duo genera. Per vindicationem, & damnationem. Illa autem ſinendi modo, & per præceptionem priorum generum ſpecies, & differentias. Præceptionis enim legatum, inquit, vindicationis verbis concipi ſolebat, nec differebat, niſi quod ſic tantum uni ex heredibus legaretur. Sinendi modo eamdem formulam habebat, quam Legatum per damnationem, niſi quod verbum ſinendi adiiceretur, cuiuſvis ea, ut ſic tantum legari poſſent res teſtatoris (& quidem quæ utroque tempore mortis, & teſtamenti illius ex iure Quiritium, Ulp. *tit.* 24. §. 7. exceptis rebus fungibilibus, quæ mortis tempore in dominio eſſe ſatis erat. Cuius rei ſcitam rationem reddit, Gœd. *ad L.* 88. *de V. S. n.* 4. & heredis, non autem res aliena; quam tamen, ſi hoc verbum non adiectum, heres præſtare, vel eius æſtimationem ſolvere debuiſſet. Differentiæ vero hæ erant: 1. Per vindicationem tantum relinqui poterant res teſtatoris, quæ in rerum natura: Verba namque illius legati neque in alienam rem, neque in non exſiſtentem cadunt. Per damnationem autem omnes, etiam, quæ ſperatentur. Neque enim ſic ius tribuitur in rem, ſed tantum obligatur heres, ad quem verba directa ſunt. 2. Per vindicationem legata ſtatim ipſo iure ſiebant legatarii, & propria auctoritate occupare fas erat; Quia fieret contra voluntatem teſtantis, ſi per manus heredis deberet accipere. Neque ſic nuda voluntas, contra regulam iuris, transfert dominium, ſed lege confirmata. Et hoc eſt, quod Caius dicit 2. *inſt.* 5. §. 2. hoc legatum legatarium, *non exſpectato herede*, ſibi præſumere: non quaſi ſine aditione heredis valeat id legatum, ſed quod, ſi quando contingat heredem adire, legati vindicatio, quam antea fecerit legatarius, perinde valeat. Per damnationem relicta per manus heredis capiebat, nec actione in rem, ſed ex teſtamento. 3. Si eadem res pluribus relicta eſſet: In legato per vindicationem, *ſi diſiunctim*, ſolidum debebatur. Sic enim cuique teſtator dominium tribuebat in ſolidum. Quia autem fieri nequibat, ut ſic acquireretur, interpretatio fiebat ita, ut iis ab initio ſemiſſes dediſſe videretur. Atque ſic conciliandi loci, Ulp. *tit.* 24. §. 12. ſingulis, *in ſolidum debentur*, legata, ex verbis ſcilicet teſtatoris, eiuſque iudicio, & Caii 2. *Inſt.* 5. §. 2. ſinguli, *æquales*, capiant *portiones*. Non dicit debentur, ſed *capiant*, quo ſignificatur effectus, quem ſortiri voluntas teſtantis poteſt. Partes hæ non a teſtatore, ſed a iure factæ ex neceſſitate, quia videlicet fieri nequit, ut pluribus eadem res acquiratur tota. *Sin coniunctim*, concurſu partes fiebant. Dici enim non poteſt partes ab initio habere, quibus ſolidum legatum. Et ſingulorum ratione voluntas effectum ſortiri poteſt, quo uſque alter concurrat. Nec interpretandum legatum, ac ſi legatariis ſemiſſes legati eſſent. Errant autem, qui & priori caſu partes concurſu fieri rentur, Nam ſi diſiunctim, partes fiunt ab initio iuris poteſtate. Lex enim teſtatoris voluntatem adiuvat, & partes facit, ut legatum valere queat (ſed de his quando partes concurſu fiant, alibi.) In legato per damnationem ſi coniunctim res relictæ, ſolidum debebatur; ſin diſiunctim, nullus concurſus, ſed uni res, alteri æſtimatio præſtanda erat. 4. Si generaliter res relicta per vindicationem electio legatario, utram petere, ſin per damnationem heredi utram præſtare mallet, vid. *not. infr. C.* 19. Atque hæ differentiæ non ex nuda verborum ſubtilitate erant, ſed ex voluntate defuncti ex vi verborum collecta. Id namque velle quiſque creditur, quod verbis exprimit. Atque hæc ex ſumma ſententia Fabri *d. C.* 1. In qua equidem illud probare mihi religio eſt, quod contra perſpicua Imp. §. 2. *I. h. t.* & Ulp. *tit.* 24. §. 2. verba, quatuor genera fuiſſe legatorum negat. Immo *ſinendi modo*, & per *præceptionem*, ſeparata fuerunt genera, a prioribus diverſa. Nam, ut recte Donellus noſter *ſinendi modo* ea utroque quaſi miſtum. Neutrius igitur ſpecies, quomodo mulus non eſt ſpecies equi, nec aſini, quia de utriuſque natura participat, ſed ſeparatam per ſe ſpeciem animalis conſtituit. Modi enim illius formula erat propria per verbum *ſinendi*, quod eum a modo per *damnationem* ſecernebat. Et vis, ac ius partim commune legato *damnationis*, quod æque per manus heredis ſumeretur, partim legato *vindicationis*, quod eadem res, nec alias, eo relinqui liceret, licet illæ per damnationem legari poſſent. Sit hæc argumentatio. Attributum generis eſt etiam cuiuſvis ſpeciei. Si itaque legatum *damnationis* genus eſt, eius ſpecies, *Sinendi modo*, quicquid de illo, idem de hoc prædicari poterit. De illo vero habetur, quod omnes res eo modo relinqui aptæ ſint, Ulp. *tit.* 24. §. 8. Id autem de hoc negat ipſe Faber. Ergo *Præceptionis* quoque legatum propriam habet naturam, quod rebus quidem, quæ eo relinqui poſſunt, convenit cum legato vindicationis, Ulp. *tit.* 24. §. 11. minime vero, ceu Fabro videtur, formula, quæ illi peculiaris in verbo, *præcipito*, cuius compoſiti alia vis eſt, quam ſimplicis *capito* Et per alia utique verba *do, lego*, fieri non poterat; licet forte & per ea, quæ eiuſdem efficaciæ *præſumito ſibi, præcipuum habeto*. Neque in eo ſolo, præceptionis legatum conſiſtebat, quod ſic uni ex heredibus legaretur. Quid enim ſi teſtator uni heredum ab altero coherede legaverit ſic: *Titius heres meus Caio coheredi dato* 100. Certe hoc præceptionem, vel prælegatum dici non poſſe clarum eſt, &c. Quin imo etſi formula vindicationis legaverit teſtator heredi do, lego 100. &c. tamen non erat prælegatum, ſeu præceptio per not. *infr. Cap.* 7. *N.* 3. Reliqua fere non diſplicent, eaque nunc expendere non libet. Nam nec, per tempus, vacat, nec, per inſtitutum, licet.

illam rem, *sibique habere*. Ex quo apparet, mistum hoc genus esse ex utroque illo superiore.

VII. Per præceptionem sic: *Lucius Titius illam rem præcipito*. Huic generi locus fuit in heredibus, cum, pluribus heredibus institutis, uni ex his quid legabatur, ut Caius docet in *Inst. tit. de lega. sub finem*, idque & *præceptionis* nomen satis indicat. Dictum est enim hoc genus præceptio. *L.* 3. *§. pen* *D. ad Treb.* Quia scilicet in divisione hereditatis heres, cui legatum quid erat, id præcipiebat, idest, capiebat præ aliis, ut sic ex hereditate præcipuum haberet: ut loquitur Caius in eo *Tit. de leg.* Hoc idem & a nostris dicitur prælegatum. *L. cum pater* 77. *§. evictis*. *D. de leg.* 2. *L. Paula*. 27. *§.* 1. *L. uxorem*. 41. *§. felicissimo*. *D. de legat.* 3.

VIII. Cum ergo hæc verba legatorum fuerint, si quis his utatur, aut aliis idem significantibus, statim legatum agnoscas.

IX. Fideicommissi, quoque verba similiter fideicommissum indicabunt.

X. Sunt autem huiusmodi omnia, quibus petit testator ab aliquo, ut det, vel faciat: cuiusmodi hæc sunt: *Peto*, *rogo*, *volo*, *mando*, *fidei tuæ committo*, qualia commemorantur, dicunturque maxime in usu haberi in *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* indicantur & *L.* 2. *C. com. de leg.* quibus finitima sunt illa, *cupio*, *opto*, *exigo*, *desidero* heres, ut des: item *credo*, *te daturum*. *L. etiam*. 115. *L.* & *eo modo*. 118. *D. de leg.* 1.

Tom. II.

XI. Et hactenus legatorum, & fideicommissorum verba sunt. Sed in his non consistimus. Sane quidem, olim cum genera legatorum ex verbis cuiusque generis propriis æstimarentur, apparet, si quis uno aliquo horum verborum usus non esset, legatum non fuisse, quodcumque aliud indicium foret voluntatis defuncti volentis, quid alicui collatum esse. At non ita fideicommissa fuerunt. Quia enim, ut supra dixi, [a] libera essent, & nulli solemnibus verbis adstricta: ideo placebat, in his non verba, sed solum voluntatem spectari, & valere. *L. pen. de leg.* 1. *L. cum proponebatur*. 64. *de leg.* 2. *L. fideicommissa*. 11. *§. item si quis*, *de leg.* 3. Ea res fecit, ut quamvis hic deessent legati, aut fideicommissi verba: si tamen esset aliqua alia demonstratio in verbis, aut facto testatoris, ex qua intelligeretur, voluisse eum, aut optasse, ut quid eui daretur, fieret, ibi omnis etiam [3] coniectura voluntatis admitteretur, & demonstratio quævis pro fideicommisso valeret. *d. L. cum proponebatur*. 64. *de legat*. 2. Et quoniam legata exæquata sunt fideicommissis: intelligimus, quod hic de fideicommisso diximus, idem & de legato dictum accipi debere, ut relictum sicut pro fideicommisso, ita & pro legato valeat.

XII. Ea demonstratio quam dixi, partim in verbis est testatoris, partim in nutu.

XIII. Verba testatoris prope innumera, quæ cum fideicommissum, seu relictum non exprimant, tamen coniectura volun-

Yy tatis

a) Vid. Govean. 2. *Var. Lect.* 28. Ang. Matthæac. *Epit. leg. Lib.* 1. *C.* 3. *n.* 4. *& seq.* Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideicom. C.* 6. Vaud. 2. *Q.* 26. Cuiac. *Consult.* 37. *&* 52. Simon. de Praet. *Lib.* 3. *Interp. ult. vol. Interp.* 3. *Dub.* 2. *Sol.* 12. Nec placere potest quod A. Fab. contendit 14. *Coniect.* 2. certa, & solemnia verba olim fuisse fideicommissorum per *§. ult. I. de sing. reb. per. fid.* Paul. 4. *Sent.* 1. *§. fideicommittere*. 6. Nam Resp. imo ibi tantum indicatur, quæ verba in fideicommissis frequentiora sint. Sic & Ulpian. *tit.* 25. *§.* 2. Verba fideicommissi in usu ferè sunt hæc. Nihil hic de necessitate. Si illa verba non aderant, inquit Faber, non poterat ex sola voluntatis coniectura induci fideicommissum per *L.* 38. *§. penult. L.* 68. *§.* 1. *de leg.* 3. nec favore quidem libertatis *L.* 41. *§.* 6. *D. L.* 12. *C. de fid. lib.* excepto casu valde singulari *L.* 39. *§.* 1. *D. de fid. lib.* Ibid. *&* 26. *de Err. Pragm.* 3. nunquam fideicommissa induci ex coniecturis, cum verba omnino deficiunt, nisi adsint ipsorum Imperatorum rescripta, quæ tamen omnia suis finibus coarctanda sint. Prudentum nunquam fuisse eam auctoritatem. Nec quidquam exitiosius esse ea opinione DD. (ex solis coniecturis fideicommissa induci) ea qua lites infinitæ oriantur. De quo & passim idem *d. Decade* 26. *Error. seqq.* At hoc est, ut verba sunt Matthæac. *Lib.* 1. *Epit. Legat. C.* 3. *n.* 4. principia iuris destruere. Et sane Faber per regulam toties in libris nostris repetitam, In fideicommissis solam voluntatem spectari, & per exempla hic a nostro adducta, aliaque, de quib. *N. seq.* & ex Ulp. *tit.* 25. *in pr.* & imprimis ex *L.* 10. *§.* 1. *de leg.* 3. & ex eo, quod nutu relinqui possunt fideicommissa satis confutatur. Ad *L.* 38. *§. pen de leg.* 3. Resp. vulgo non esse ibi fideicommissum ex verbis, sed ex mente. Male. Nam immo de sola mente hic curatur, quæcunque sint verba. Govean. 2. *Var. Lect.* 18. ideo ibi non esse fideicommissum, quia non soli fidei innititur. Recte Chiflet. *Lib.* 2. *de I. Fideic. C. ult. sub f.* Resp. ibi testatorem verbis illis, *deque ea re sibi invicem caverent*, egressum notissimos fideicommissi terminos, quo non contentus, alio vinculo heredes adstringere voluit. Quare debentur ibi prædia alienari prohibita successoribus, sed tanquam ex stipulatione, non ex fideicommisso. Facit *L.* 41. *§.* 7. *de leg.* 3. Ad *L.* 68. *§. de leg.* 3. facilis Resp. videlicet & ex verbis iis, non certo colligi mentem fideicommittere volentis. Nam perinde ut consilium a mandato distat: ita & &c. Et maxime ideo fideicommissum peti non potest, quia nulla res, aut summa certa dicta, quæ relicta censeri posset. Indefinite enim dixit, fiet ut filios meos filios *vestros iudonet*, non expresso, quare, aut qua pecunia. Ad *L.* 41. *§.* 6. *D. L.* 12. *C. de fideic. lib* Resp. non est opus. Ita enim clarum est, ex verbis illarum fideicommissa ibi nulla propoui, non ea verborum solemnium, sed voluntatis defectu, ut obloquens solem adversum intueri velle videatur. Nec casus singularis est in *L.* 39. *§.* 1. *D eod.* sed decisio fundatur in plena, & intensa voluntate, quæ, licet fideicommissi usitata verba non adsint, apparet ea verbis *credo mihi*, quibus plane certum reddere voluit servum testator.

3) Quæ utilia, vel intellecta fideicommissa vocat Chiflet. *Lib.* 2. *de I. Fideic. Cap.* 18. & 20. tacita Matthæac. *Epit. Leg. Lib.* 1. *C.* 3. ubi præter exempla Donelli refert *L.* 8. *§.* 7. *de penul. leg. L.* 55. *C. de fideic. L.* 76. *§.* 5. *L. ult. §.* 3. *de leg.* 2. Sane & alia exempla passim obvia sunt. Dicebantur & tacita fideicommissa quæ in fraudem L. Iuliæ, & Papiæ relicta incapacibus, de quo vid. Goed. *in L.* 229. *de V. S.*

tatis inde ducta habeantur pro fideicommisso. Sed ex ea incertitudine exemplorum, quæ in hoc genere sub titulis de legatis proponuntur, res ad certa genera revocari potest, ex quibus de universa hac coniectura voluntatis facile iudicetur. Quæ verba cum fideicommissi non sint, aut sint fideicommissi inutilis, si verba tantum spectentur, tamen pro fideicommisso habeantur, seu fideicommissum coniectura voluntatis inducant, eorum quinque genera esse animadverto.

XIV. Primum genus est, cum testator heredem rogat, ut faciat, quod per se rogetur inutiliter: petitio tamen eiusmodi est, ut si valeret, deberet heres aliquid restituere. Nempe hic quod verbis inutile est, omittemus; quod ex effectu apparet esse de sententia testatoris, id sequemur. Huius generis exemplum hoc est: Rogo te heres, ut Titium cognatum meum heredem facias. Qua in specie ita scribit Marcianus: ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest. Verumtamen senatus censuit, perinde habendum, atque si rogasset hereditatem restitui. *L. filiusfamilias*. 114. §. *ut quis*. *D. de leg*. 1. Fideicommissum ergo secundum verba hic fuit inutile. Ut enim scriptum est in *L. illa* 32. *D. de her. inst.* testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. Unde igitur in hac specie fideicommissum hereditatis restituendæ? Ex sententia testatoris, quæ hic non est obscura. Nam si Titius heres esset institutus, nimirum haberet hereditatem, ut testator voluit. Id cum testatorem voluisse constet, restat, ut quatenus potest, ea voluntas conservetur. Quod ita fit, si heres rogatus, qui Titium heredem instituere cogi non potest, cogatur ei hereditatem restituere. In quo est id fideicommissum, quod hic admittendum esse dicimus. Huic simile exemplum hoc est: Rogo te heres, ut velis coheredem tibi recipere in fundo Iuliano meo, quem te præcipere iussi, Clodium, Verum, cognatum tuum. Quærit Scævola, an pars fundi ex causa fideicommissi debeatur. Respondet deberi. *L. pater*. 38. §. *ult. de legat*. 3. Cur ergo quærit? Quia non potest quisquam heres fieri in totum, aut pro parte ex re certa. *L*. 1. §. *si ex fundo*. *D. de her. inst.* ut certum sit, secundum verba fideicommissum esse inutile. Sed cum appareat, testatorem his verbis voluisse, ut pars fundi ad Clodium perveniret, omissis verbis, hanc voluntatem sequemur. Ex qua & fideicommissum recte defendetur.

XV. Secundum genus est, cum testator neminem rogans, & omnino verba fideicommissi omittens ita cavet: non dubito heres, quin illud, aut illud Titio restituas; vel, scio, te hereditatem meam restituturum Titio; vel, scio, Pamphile, omnia, quæ tibi reliquo, ad filios meos perventura. Etsi in his, & similibus licet animadvertere, cessare fideicommissi verba: placet tamen, verba pro fideicommisso esse accipienda. *L. unum*. 67. §. *ult. de leg*. 2. *L. & eo modo*: 118. *de leg*. 1. 4 *L. Pamphilo*. 39 *in pr. de leg*. 3. Nempe animadversa defuncti sententia, quam hic decipi non oportet, ut est in *d. L. Pamphilo*. *in pr.* Nec vero difficile est, in his exemplis sententiam istam defuncti agnoscere: sive quod hæc dixit, quia cupiebat, optabat ea ita fieri; in quo fideicommissi voluntas est. *L. etiam*. 115. *L. & eo modo*. 118. *de leg*. 1. Sive quod his verbis declaravit, se nihil heredi, aut legatario priori relicturum fuisse, nisi in illo spem habuisset fore, ut restitueret illa, de quibus cautum est. Cum autem his reliquerit, neque frustra id fecerit, etiam eum, quod sperabat voluisse.

XVI. Tertium genus est, cum testator nihil fideicommittens, nec quemquam alloquens, aut indicans, a quo ostendat, cupere se aliquid præstari, solum dicit se aliquos, quibus prius legaverat, in eo quod legaverat, mutuo substituisse: quod fecisse in scriptura testamenti non proponebatur. Visum est in hac specie, etsi mutua substitutio omissa esset, ut in verbis nullum esset ex substitutione fideicommissum: tamen ex eo, quod testator se fecisse dicit, satis colligi, voluntatem eius hanc esse, ut fit ea substitutio, quam expressit. Voluntate eius cognita, solam hanc sufficere ad fideicommissum admittendum. Sic sententia est. *L. cum proponebatur*, 64. *de leg*. 2. Propone hoc modo. Pater filium impuberem, quem habebat, heredem insti-

4) Sed A. Fab. 14. *Conj*. 3. Tribonianum corrupisse Scævolæ responsum, illiusque esse eam decisionem, non ICt. Verba ipsa Triboniani manum prodere, maxime extrema. Cum enim Scævola ad D. Marci ætatem non pervenerit, per *L. ult. de serv. export.* non posse illum ab ipsius rescripto argumentum ducere. Immo, inquam, pervenisse liquido constat ex *L*. 11. §. 1. *de minor*. Nec obstat *d. L. ult.* Forte enim tum ea constitutio nondum promulgata erat, (de qua *d. L. ult.* Claudius,) cum Scævola ista scriberet, ut Hot. 4. *Obs*. 13. forte etiam illa constitutio Marci edita quo tempore Marcus, & Commodus imperarunt, quo Scævola in fata concesserat. Ræv. 1. *Var*. 13. Constitutio autem, de qua in nostra *L*. 39. *pr. & L*. 67. §. *ult.* eo tempore, quo Marcus solus, vel cum Ælio Vero fratre imperavit, quo Scævola adhuc superstes. Cætera Fabro, pari facilitate, qua ipse dicit, & meliori negantur.

instituit. Ab eo fundum Tusculanum legavit Titio, & Sempronio sub conditione si filins pubes factus esset. Idem adiecit secundas tabulas, idest testamentum pupillare, quo eosdem illos legatarios filio suo impuberi substituit, eosdemque invicem substituit, his verbis: eosque sicut in legato prius feci, sic & in hac hereditate invicem substituo. Nusquam proponebatur, pater istos in fundo legato substituisse, seu invicem rogasse, ut qui prius decessisset, portionem suam alteri restitueret. Inde quæsitum, an hæc substitutio, quam re vera in verbis constaret nullam esse, esset admittenda. Responsum est, verbis deficientibus, ex voluntate, quæ hic manifesta esset, esse admittendam. Unde eveniet, ut si filius pubertatem excesserit, ut sic evanescat pupillaris substitutio superior, tum Titius, & Semponius ad legatum perveniant. Uno autem mortuo, etsi ius facit, ut pars eius transeat ad eius heredem: tamen 5 iure tacitæ substitutionis mutuo factæ, debeat is heres alteri collegatario eam partem substituere.

XVII. Quartum genus superiori proximum, est, cum testator non solum fideicommissi verba, sed & omnem fideicommissi mentionem omittens, verba tantum confert ad eum, cui quid relictum vult, & ita cavet: Semproni, contentus esto illa re; vel sufficiant tibi vineæ, vel fundus Tusculanus, quasi ea iam ei donasset vivus, aut legasset, quæ tamen neque donaverat, neque legaverat, neque a quoquam petierat, ut ei daret. Etiam hanc scripturam pro fideicommisso valere placuit. *L. peto. 69. in pr. de leg. 2. L. fideicommissa. 11. §. si quis ita, de leg. 3.* Merito; coniectura scilicet voluntatis ducta ex eo, quod sequitur ad id, quod antecedit. Non enim potest quisquam contentus esse re aliqua, nisi prius eam acceperit. Ita testator, qui aliquem ea re contentum esse iubet, etiam eam prius illi datam voluit, quod & prioribus verbis fatis significavit.

XVIII. Quintum genus est cum testator & fideicommissi verba & omnem eius mentionem omittens, & præterea neminem exprimens, cui præstitum velit, tamen id constituit, quod appareat, constitui alterius caussa. Ut, cum testator heredem ex parte institutum ita alloquitur, Peto pro parte tua contentus sis, Lucei Titi, centum aureis. Vel cum eo, quem heredem ex asse scripserat, ita loquitur, Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Placuit, in utraque hac specie fideicommissum ab heredibus his relictum videri, & valere: ille, ut partem hereditatis restituat coheredibus; hic, ut hereditatem totam restituat fratri defuncti. Eoque nomine his fideicommissi persecutionem esse a superioribus heredibus, retinentibus, sive præcipientibus id, quo eos contentos esse voluit defunctus. Hoc in *L. peto, 69. in princ. D. de legat. 2.* Unde ergo in his fideicommissum, omissis non solum fideicommissi verbis, sed etiam personis, quibus defunctus præstari vellet? Ex voluntate nimirum defuncti, quæ ostenditur ex eo, quod ita voluit, istos heredes contentos esse centum aureis pro ea hereditate, quam acceperant, ut simul indicaret, velle se, eam hereditatem non manere apud eos, sed ad alios redire. De quibus si constet, iam nihil relinquitur ad certam voluntatis defuncti significationem id agentis, ut ad istos hereditas sua redeat. Et quoniam non efficitur id directo: restat, ut in eo fideicommissum intelligatur.

XIX. Constat autem in superioribus exemplis, si hereditas apud scriptos heredes non manebit, ad quos voluerit defunctus hereditatem redire. Nam, si pluribus heredibus institutis, unus partem suam omittat, ius facit, ut ea redeat ad eius coheredes iure accrescendi. *L. qui ex duabus. §. ult. D. de acq. her.* Herede autem uno instituto hereditatem omittente, testator fit intestatus, & res redit ad heredes legitimos. *L. in plurium. D. eod.* De his igitur in his exemplis sensit testator, quibus proinde consultum voluit. Atque hi sunt, quibus in utraque specie fideicommissi persecutionem damus. Generaliter definiemus, cui testator voluit prospectum, seu cuius contemplatione quid cavit, ei relictum esse intelligi. *L. fideicommissa. 11. §. interdum. D. de leg. 3.*

XX. Non solum verbis fit demonstratio voluntatis defuncti, quæ demonstratio pro fideicommisso habeatur: sed etiam sine verbis nutu solo, quam & ipsam demonstrationem voluntatis pro fideicommisso valere placuit. Inde dictum, etiam nutu relinqui fideicommissum posse, dum modo is nutu relinquat, qui & loqui natura potest. *L. nutu. 21. de legat. 3.* Et relinquat testibus præsentibus, tot scilicet, quot ad fideicommissum codicillis relinquendum opus est. *L. & in epistola. C. de fideic.*

5) Et ita verba enunciativa illic inducunt fideicommissum ex coniectura voluntatis. Unde refellitur Faber semper dispositiva verba exigens.

XXI. Sic autem nutu relinquitur, cum testator ab aliquo interrogatus, an velit Titio illud, aut illud relinqui, annuit.

XXII. Quod si in nutu recipimus, multo magis probandum est fideicommissum valere, si testator etiam moriens interrogatus, an vellet illud, aut illud Titio dari, ipse aperte responderit verbis, ut diceret, *maxime*. [6] *L. Pamphilo*. 39. *§*. 1. *de leg*. 3.

6) Et hic quoque Tribonianus ab A. Fabro 14. *Coniect*. 5. vapulat, ac corruptione arguitur, quia, inquit, in specie *d*. §. 1. destinatio sola est fideicommissi a dispositione, omnino differens, nec fideicommissum inducens, cum propositum in mente retentum, nihil operetur. Sed vere hoc est verba magis captare, quam, quo animo quid dictum sit, attendere. Verba quidem illa quod, *vellet ei relinquere*, esto, habeant nudam destinationem, cum proferuntur; posteaquam autem in testationem redacta sunt, & testatoris responso confirmata, utique voluntas illa in actum deducetur, & dispositionem continebit.

C A P. IV.

Neque sine verbis testatoris, aut nutu voluntatem de legato quoquo modo significantibus legatum intelligi; nec ex verbis quantumvis significantibus cessante voluntate. Voluntati obstare aut errorem testatoris, aut aliam eius voluntatem. Et in utroque quid sequendum.

Una voluntas *in fideicommissis dominatur*. I. II.
Ei obstat aut error *testatoris, aut* alia eius voluntas. III.
Error, qui obstet, multiplex. IV.
In corpore rei legatæ. V.
In corpore legatarii. VI.
In huius consanguinitate. VII.
In rei dominio; *& quatenus*. XVI.
Error in nomine *duplex*. VIII.
Nomen proprium *quod nam vocetur*. IX.
Quod appellativum. X.
Utrorumque exempla. XI. XII.
Error in nomine proprio *non obstat*. XIII.
In appellativo *obstat*. XIV.
Quare. XV.
In legatis spectatur novissima voluntas. XVII.
Nisi per priorem posteriori derogetur. XVIII.
Quid si in posteriore nominatim dicat testator, se pænituisse prioris derogationis. XIX.
In libertatibus directis levissima *scriptura spectatur*; *& quæ nam hac sit*. XX.
Exceptio. XXI.
In fideicommissariis, communis regula sequitur. XXII.
Ratio differentiæ. XXIII.
An inter directam libertatem, & fideicommissariam vetus differentia maneat. XXIV.

I. UT autem verbis idoneis indicatur fideicommissum, aut saltem ea demonstratione, quæ sine verbis fideicommissi indicet aliquo modo voluntatem testatoris de fideicommisso: ita sciamus, alterutro horum opus esse ad fideicommissum constituendum. Quæ si aberunt, frustra dicetur, aliquid sensisse, aut voluisse testator, quod verbis, aut nutu eius aliquo modo non significetur. Exemplo sit is, qui in nomine rei appellativo, & substantiam rei indicante errans, rem aliquam leget nomine appellativo non suo. Puta, qui cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri. Obtinuit sententia nihil hic deberi. Non supellectilem, quia de hac non sensit testator. Sed ne vestem quidem, de qua sensit, & quam legatam voluit. *L*. 4. *D. de legat*. 1. Nempe ideo, quia voluit quidem vestem legare, sed in suprema voluntate id non fecit, cum hanc nec nominarit, nec alio verbo usus sit, quo vestis indicaretur. Et ut hoc ipsum in eamdem sententiam explicatur in *L. Labeo. in fin. D. de sup. leg*. Non videtur quisquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. Nam etsi prior, & potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur; quod quam verum sit, dicam postea in errore nominis proprii. Iam vero voluntatis supremæ testationem, ut in reliquis partibus testamenti, vel codicillorum, sic in legatis, & fideicommissis exigimus.

II. Sed utcumque hæc testatio sit, utcumque testatoris verba sint ad fideicommissum exprimendum, aut ea demonstratio, quæ in hac re vice verborum fungatur: semper illud tenendum erit, quidquid hic caverit testator, ita demum pro

fidei-

fideicommiſſo accipi, dum voluntas non refragetur. Et hoc eſt videlicet. Ad legatum, aut fideicommiſſum conſtituendum neque voluntas ſine dicto, ſcriptove, aut nutu ſupremo eam voluntatem indicante ſatis eſt; neque rurſum dictum, aut ſcriptum quodlibet ſine voluntate. Quin potius hæc una eſt, quæ in teſtamentis dominatur, ac prope totum facit, in fideicommiſſis præſertim; ut ſi de hac recte conſtet, ſtatim ratum ſit quod teſtator ſe velle oſtendit; hac eſſante, nihil in teſtamento quantumvis diſerte dictum, aut ſcriptum, valeat. *L. ex facto. §. rerum. D. de her. inſt. L. 12. in fin. D. de legat. 1.*

III. Quominus autem intelligatur teſtator voluiſſe, aut ſenſiſſe, quod dixit, ſcripſitve, duo faeiunt: error eius in re, aut perſona, quam nominat; tum voluntas poſterior priori contraria.

IV. Error teſtatoris, qui legato obſtet, aut eſt in corpore ſive rei legatæ, ſive perſonæ legatarii; aut in huius conſanguinitate; aut in rei nomine; aut in huius ipſius dominio.

V. Error in corpore rei legatæ ſatis declarat, teſtatorem de ea re non ſenſiſſe, quam appellavit; ut ſi fundum Cornelianum legaturus, quia forte de eo reſtituendo rogatus erat, leget fundum Sempronianum, exiſtimans eum eſſe, qui dicitur Cornelianus. Nihil hic debebitur. *L. 4. D. de leg. 1.* propter errorem ſcilicet in re; qui error non habet conſenſum. *L. 2. in pr. D. de iud. L. ſi per errorem. D. de iuriſd.*

VI. Idem eſt, ſi erret teſtator in corpore legatarii, de quo in heredis inſtitutione diximus. *L. quoties. 9. in prin. D. de her. inſt.*

VII. Error in conſanguinitate legatarii æque teſtatori obſtat, quominus ei datum velit, cui tanquam fratri, aut cognato legavit, ſi eum talem putavit, neque fuit. Ideo ut hic error irritam facit inſtitutionem eius, qui in hoc errore heres inſtitutus eſt: *L. ſi pater. L. nec apud. C. de her. inſt.* ita neceſſe eſt, irritum faciat & legatum eodem errore in iſtius perſonam collatum.

VIII. Error in nomine duplex eſt. Eſt enim & nomen duplex: *proprium*, quod Grammatici vocant, & *appellativum*. Liceat autem & nobis docendi cauſſa verbis vulgaribus, & uſitatis in hac re uti.

IX. Proprium vocamus, quod non generis, aut ſpeciei univerſæ appellandæ, ſed individui cuiuſque, quod ſub ea ſpecie ſit, privatim demonſtrandi, & ab aliis corporibus diſcernendi cauſſa eſt inditum.

X. Appellativum contra, quod generis, aut ſpeciei univerſæ nomen eſt, rei cuique ex vero, & natura ſua appellandæ attributum.

XI. Proprium eſt exempli gratia in rebus, fundus Cornelianus, ædes Sempronianæ, Tuſculanum, equus Bucephalus: in perſonis, Lucius, Titius, Mævius, Sempronius, Cornelia.

XII. Appellativum, ut fundus, domus, ſupellex, veſtis; homo, bos, equus. Neque vero error in his nominibus eodem iure habetur.

XIII. Error in [1] nomine proprio legato non nocet. Ut, ſi teſtator de certo fundo ſentiens, in cuius corpore non erret, eum qui Sempronianus vocabatur, Cornelianum nominaverit, debetur Sempronianus. *dict. L. 4. D. de legat. 1.* Idemque legaturus Titio cognato ſuo, in cuius perſona non errabat, ſi eum Sempronium nominaverit, nihilominus valet legatum. *§. ſi quidem in nomine. Inſtit. de leg. L. 4. C. de teſta.* Nomina enim hæc, inquit Iuſtinianus, ſignificandarum rerum, & perſonarum cauſſa inventa ſunt: quæ ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt. *d. §. ſi quidem.*

XIV. Quod ſi id nomen erit rei legatæ, qnod vocamus appellativum, error in eo legato ita officit legato, ut nec debeatur ea res, de qua teſtator ſenſit, neque ea, quam nominavit. Hinc eſt, quod in ſuperiore illa ſpecie, in qua qui veſtem legare volebat, adſcripſit ſupellectilem, [2] pla-

1) Licet enim abutamur verbis ad ſoſtinendam voluntatem. Exemplom *in L. 52. §. 4. de leg. 3.* non tamen contra apertam ſignificationem verborum probatio voluntatis admittitur. ſi nullo omnino nec proprio, nec improprio ſenſu verbum illud ſignificet id, de quo teſtator ſeoiſſe dicitur. Duar. *de Her. inſt.* C. 3. *f.* 338. Periculoſum certe eſſet, coniectoram voluntatis recipere contra apertam ſignificationem; nihil ſic certi eſſet in teſtamentis. Tropos tamen, & figuras admittimus, ut ſi quis ob ſegnitiem ſervum vocans aſinum dicat: Aſino meo do libertatem. Duar. *ad d. L. 4. de leg* 1. P. Fab. 2. *Semeſt.* 14. Si quid contra communem loquendi uſum a teſtatore ſcriptum, nihilominus ea uſo communi ioterpretationem recipit, oec voluntatis teſtatoris habetur ratio, ſi uſu communi omnino oon iuvetur. Quando autem ambiguus ſermo, tum demum diſpiciendum de ſententia teſtatoria. Vid. & Vacon. 4. *Decl.* 56.

2) Zaſ. *ad d. L. 4. n. 5.* Nomina, ait, (intellige propria) a notando dicta, ut cognoſcantur res, *L. ad recognoſcendos* 10. C. *de ingen. man.* (Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 26. derivat a noſcendo, ea nomiois inflexione, qua ſtamen a ſtando, volumen a volvendo. Feſtus *Lib.* 12. dictum quaſi novimen, quod notitiam faciat, quem ad vocis tantum ſonum alluſiſſe putat, Robert. 1. *Sent.* 16. vere deductum eſſe ſentiens a Græc. ὄνομα, quomodo & Conn. 2. *Com.* 11. *n.* 4. qui & ὄνομα eſſe ἀντίθετον, quod penes uſum ſit Lex, & norma loquendi.) Quare ſi de re cooſtiterit, quid de errore. Fruſtra laboramus de mediis, ſi conſtat de fine. Baro *ad d. §.* 29. Facilis, ioquit, hic error ac tolerabilis, at non facile credibile eſt, quenquam tam imperitum eſſe, ut mutet rebus vocabula, quæ fere immutabilia permanent.

placet, quemadmodum vestis non debetur, quæ appellata non est: sic nec supellectilem deberi, quamvis diserte nominata sit; quia testator in nomine errans, de ea non senserit. *dict. L.* 4. *D. de legat.* 1. Hoc amplius adiiciebat Tubero, ne hic quidem sibi videri suppellectilem appellatam, quia non arbitraretur quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet. Hoc in *L. Labeo. ver. id Tubero. de sup. leg.*

XV. Quid ergo tantum interest inter hæc nomina, ut pro eorum varietate induci debuerit superior iuris distinctio in ea re, de qua testator senserit? Hoc sic expediebat Pomponius, ut refertur in *d. L.* 4. *de leg.* 1. rerum enim vocabula, aiebat, immutabilia sunt; hominum mutabilia. Nomina rerum vocat, quibus res ipsæ secundum formam, & qualitatem [3] naturæ suæ interiorem appellantur: cuiusmodi, ut dixi, illa: fundus, homo, equus, vestis, supellex. Generalia, inquam, quibus non individuum aliquod ex genere, sed genus universum ex iis, quæ totius generis communia sunt, designatur. Quæ, ut dixi, a Grammaticis dicuntur appellativa. Hæc, inquit, sunt immutabilia. Merito; quia ut substantia, & quæ sunt propria rei, a re ipsa divelli non possunt: sic nec hæc ipsa nomina, quæ hanc substantiam exprimunt. Alia sunt mutabilia, quia non proficiscuntur a natura rerum, sed pro cuiusque arbitrio rebus imponuntur; & qua libertate imponuntur ab initio, eadem libertate & postea mutari possunt: ut quocumque nomine postea visum erit testatori eamdem rem appellare, id illi facere liceat, & recte res ut appellata, sic & legata intelligatur.

XVI. Incidit etiam aliquando testatori error circa dominium rei legatæ. Et hic quoque interdum voluntati eius obstat, facitque quominus id sentiat, quod scripsit. Quod cum accidit, ut legatum voluntate deficitur, ita placet nec deberi. Id receptum est, cum testator rem alienam, quam suam esse putabat, legavit. Sic enim existimatur affectus esse, ut si alienam scisset, non legaret; idque ideo, quia sint magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciles voluntates. §. *non solum. in fin. Instit. de leg. L. unum.* 67. §. *si rem. de legat.* 2. Sed adiiciemus, quod est in *L. cum alienam. C. de leg.* Ita hoc legatum non valere, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset testator, etsi scisset, rem alienam esse. Verum de eo paulo post plura *Cap.* 11. cum de his rebus agetur, quæ legari possunt, sive hæ nostræ sint, sive alienæ, quæreturque quatenus in his legatum consistat.

XVII. Ut error testatoris facit sæpe, ne is id sentiat, quod scribit; eoque nec hic legatum valet contra voluntatem: ita & diversæ scripturæ, quæ de eadem re incidunt, sæpe ita sunt, ut una in cæteris voluntatem testatoris mutet, eoque & sola sequenda sit cæteris, voluntate deficiente, valere iussis. Quæritur igitur, si quando eiusmodi scripturæ diversæ incident, an omnes servandæ sint: quod si non omnes possunt, quia sint contrariæ, quæ ex his sit servanda. Et in eo ita regula iuris traditur, in legatis novissimam voluntatem valere. *L. si mihi.* 12. §. *ultim. D. de legat.* 1. Merito: quia qui posterius scripsit, quod priori contrarium esset, a priori voluntate recessisse intelligitur. Licet autem testatori, quoad vivit, mutare voluntatem. *L.* 4. *D. de adi. leg.* Nec aliud servatur in pactis. *L. pacta novissima. C. de pact.*

XVIII. Sed regula in dubia voluntate locum habet. Quod si testator nominatim caverit, quid de prima, aut postrema scriptura servari vellet, id sequemur. Et ideo si ita caverit, ut diceret, quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego: quod infra legaverit, non valebit. *d.* [4] *L.* 12. §. *ultim. de leg.* 1.

XIX. Quod rursum ita accipiendum erit, nisi testator in posteriore scriptura dixerit nominatim, se pœnituisse prioris derogationis. Quod si fecerit, rursum ex voluntate posterior scriptura potior habebitur, ut est in [5] *L. si quis in principio,*

22.

3) Immo non natura nomina constant, sed ab hominum instituto profecta, Arist. *de Interpret.* C. 2. & eorum consensione rebus imposita, Conna. 2. *Comm.* 11. *n.* 4. Quod & contra Cabalistas firmat Fr. Valles. *de Sacra Philos.* C. 3. alioqui, ut omnibus gentibus una & eadem natura, ita & idem esset sermo. Ac licet loquutio homini ingenita, nullus tamen certus sermo, sed idiomata usu hominum nata, mutata, servata. Neque ideo tamen infirma ratio ICti *d. L.* 4. *in fi. pr.* Rerum vocabula immutabilia, ut scilicet non pro singulorum arbitrio ac libitu, ceu propria *L.* 10. *C. de ingen. man.* mutari possint, licet communi gentis consensu sæpe varientur, &c. Plura de nominum horum differentia pete ex Rob. 1. *Sent.* 26. Vigl. *ad* §. *nominatim I. de Exher. n.* 2. *& seqq.* Vacon. 4. *Decl.* 56.

4) Ibi enim ademptio, quæ prior est, ordine scripturæ præpostero, intellectu est posterior Cuiac. 14. *Obs.* 7.

5) Ubi de clausula derogatoria tractant DD. de qua fuse Simon de Præt. *Lib.* 4. *de Interpr. ultim. vol Interp.* 3. *Dubit.* 2. Ant. Fab. 37. *Error. Pragmat.* 7. *& seqq. &* 38. *Error.* 1. *&* 2. *&* 39. *Error.* 1. *& seqq.* Io. Basius 1. *Parado* 6. quam Cuiac. 14. *Obs.* 7. ait, innumeras lites peperisse. Illius autem hæc sententia est. Si initio scripsi: *Cui bis legavi semel deberi volo.* Aut deinde imprudenti excidit, ut sæpius legarem, & prior voluntas potior; quia

memo-

22. *de leg.* 3. nemo enim, inquit eo loco Hermogenianus, eam sibi legem potest dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat. Sed cur non potest hanc legem sibi dicere? Quia natura refragatur. Quantumvis enim dixerit, se posteriori voluntati stare nolle: tamen nihil prohibet, quominus, mutato iudicio, velit postea ei stari. Ut autem hic natura voluntatem mutare potest: ita cum mutarit, continuo hanc voluntatem iuris auctoritas excipit, id est legis duodecim tabularum, quæ quod quisque legasset suæ rei, id ratum esse iubet. *L. verbis legis. D. de verbor. signific.*

XX. Sed hoc ita servatur in legatis. In libertatibus testamento adscriptis libertatis favor vicit, fecitque ut placeret in his levissimam scripturam, & conditionem esse spectandam. *L. quod traditum.* 87. *D. de cond. & dem. L.* 5. *de ma. test.* Levissimam autem intelligi, quæ ipsi servo commodior sit, seu ex qua citius perveniat ad libertatem. *L. levissima.* 35. *L. id est.* 88. *de cond. & dem. L.* 1. *D. de ma. test.* Et hoc quid sit variis exemplis explicatur in *L. non ad ea.* 89. *de con. & dem.*

XXI. Ex hac regula illud natum, ut si idem servus legatus, & liber esse iussus sit, placeat, favorem libertatis prævalere, nisi forte prius liber esse iussus sit, deinde ita legatus, ut in hac posteriore scriptura evidens ademptio libertatis ostendatur. Sic enim legatum propter defuncti voluntatem prævalebit. Hoc in *L. si idem.* 14. *D. de legat.* 2. Sed & tunc legatum servi prævalere certum est, si idem testamento manumissus sit inutiliter. *L. qui testamento.* 37. *de leg.* 2. *L. si fundum,* 81. §. *penult. de legat.* 1. Scilicet quia quod inutiliter, sive contra ius datum est, nec datum videtur. *L. non dubium. C. de legi.* Finge servum alienum manumissum directo. §. *ultim. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* aut manumissum a minore octodecim annis. §. *ultim. Instit. quib. ex cau. ma. non lic.* & eumdem legatum.

XXII. Quod tamen diximus, in libertatibus levissimam scripturam spectandam, sciamus, de directis accipi debere. In fideicommissariis communem regulam sequimur, ut in his quoque novissima scriptura potius spectetur. *L.* 5. *D. de ma. test. L. per fideicommissum.* 90. *D. de cond. & dem.*

XXIII. Differentiæ ratio est, quod cum directe testamento manumissus nullius fiat libertus, sed sit is, qui dicitur orcinus, quasi dicas orci, & sepulchri libertus: §. *ultim. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Nihil interest heredis, ex qua scriptura hic servus ad libertatem perveniat. Unde, cæteris rebus contemptis, sequimur, quod libertati prosit, heredi non noceat. Contra cum ex fideicommisso manumissus fiat libertus heredis eius, qui manumisit: *d.* §. *ultim. Inst. de sing. reb. per. fid. rel.* res suadet, [6] ne quid hic amplius tribuamus libertati, quam heredi, cuius in hac manumissione res agitur æque ac servi. Ideo in pari caussa reditum hic est ad regulam communem, ut novissima scriptura hic potius spectetur.

XXIV. Quo loco exoritur difficultas ex iis quæ de exæquatione legatorum, & fideicommissorum diximus. Nam si ex libertate directa manumissus fit libertus orcinus, ex fideicommissaria libertus heredis; atque hinc etiam placet, in directa levissimam

memoriæ meæ, vel constantiæ diffisus, dum vereor, ne blanditus possem resistere, mihi præcavi. Aut prudens, nec invitus sæpius legavi, & posterior voluntas priori derogat, etiam sine speciali adiecta derogatione. Ex scientia enim præsumitur voluntas, & hac de re Textus in *L.* 6. §. 2. *de I. codicill. L. ul. pr. de leg.* 2. quibus locis, ait, DD. clausulam hanc nimis licenter subaudiunt, ac intervenisse fingunt. Quare putat vers. *sed hoc ita locum d. L.* 22. Tribonianum adiecisse, quia supervacuum sit exigi specialem derogationem, si constet, scientem recessisse a priori voluntate: quia antea IC. exegerit solam scientiam: quia Hermogenianus in libb. Epitom. rotundiores sententias contulerit, non interpretatione, aut conditione ampliaverit: quia Triboniano familiare exigere specialem voluntatem. Et consentit Hot. 1. *Amic.* 4. scribens, se idem ante Cuiac. notasse, & A. Fab. 37. *Err. Pragm.* 8. & Iere. Setser. *Lib.* 1. *de Iuram. C.* 25. *n.* 46. Verum non sunt Triboniani ea verba, quæ si detrahas *d. L.* 22. maxime cum ea pugnabit *L.* 14. *pr. de leg.* 1. quam de eo, qui per ignorantiam, aut incautus iterum legat, accipere nimis est divinare. Et immo ideo requiritur specialis derogatio, ut ex ea appareat scientia testatoris, quia aliter non constat, eum recessisse a priori voluntate, nec sane frustra creditur sic cavisse: *Cui bis legavero, semel deberi volo.* Ad *L.* 6. §. 2. *de* 1. *codicill. L. ult. pr. de leg.* 2. Resp. licet pro DD. subauditione hoc adferri possit, locum unum ex alio suppletionem recipere *L. incivile* 24. *de LL.* malo tamen, discrimen agnoscere inter has species. Videlicet inter cautionem testantis de legato, bis eidem relicto, semel tantum solvendo *d. L.* 22. *de leg.* 3. *L.* 14. *de leg.* 1. & cautionem de codicillis non alias sustinendis, quam si sint subscripti *d. L.* 6. §. 2. *d. L. ult. pr.* Discrimen, opinor, inde; Codicilli sunt species extremi elogii; res, & actus per se subsistens. Quare codicillos condens post illam declarationem, (quod valere non debeant nisi subscripti) re ipsa, & facto, condendo videlicet codicillos, nec subscribendo, cum posset, ostendit, se a priore illo consilio recessisse. Nulla enim ratio est, cur censeri debeat actum plane inanem, & frustratorium celebrasse. Legatum autem non est ultima voluntas, sed donatio in ea relicta; nec actus per se subsistens, cum extra testamentum (olim; hodie extra id, vel codicillum) fieri nequeat. Quare si quis post declarationem eam, quod legatum iterum relictum semel præstari debeat, iterum eidem leget, nulla ratio est, cur debeamus posterius legatum sustinere, contra quam ipse testator, quacunque ratione permotus fuerit, cavit. Neque sic actus geritur frustratorius. Valet enim testamentum quoad quævis alia rite in eo relicta.

6) Sic & Turamin. *de Exaeq. Leg. C.* 5. *n.* 14. quia fideicom mittendo testator non simpliciter libertati favere videtur, sed habita heredis ratione, propter ius patronatus. Unde ob eius præiudicium novissimam scripturam spectamus.

simam scripturam spectandam; in fideicommissaria novissimam; aperte utraque in re vetus inter ista differentia manet, & eorum exæquatio tollitur. Quod & verum est, neque exæquationi a Iustiniano institutæ adversatur. Sublata est enim a Iustiniano differentia legatorum, & fideicommissorum hactenus, dum 7 ne voluntas testatoris refragetur. Introducta est, enim ab eo ea similitudo istarum rerum, quæ adiuvaret, non quæ impediret voluntatem. Declarat, cum ait, se legatorum differentias sustulisse, dum cupit, voluntates defunctorum esse validiores, & non verbis, sed voluntatibus eorum favere. §. 1. *Inst. de leg.* Item se legata, & fideicommissa exæquasse, ut ubique spectetur non quid dixerit, sed quid voluerit testator; se enim non verbis, sed rebus leges imponere. *L.* 2. *in fin. C. com. de leg.* Atqui, ut maxime cæteris in rebus secundum voluntatem testatoris confundi possint legata, & fideicommissa, certe in libertatibus directis, & fideicommissariis id facere non licet. Nam si libertatem directam acciepiemus pro fideicommissaria, faciemus iniuriam servo, qui fiet libertus heredis, cum testator eum nullius libertum esse voluerit. E converso si fideicommissariam pro directa accipiemus, faciemus iniuriam heredi, cui isto modo eripiemus libertum eum, quem testator per fideicommissum liberum esse voluit, dum is fiet libertus orcinus, quem testator manumissoris libertum esse voluit. Quibus cum voluntas testatoris, & natura rei aperte refragentur, non mirum, si nunc quoque salva hic maneat voluntas testatoris.

7) Ita & Matthæac. *Epit. Legat. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 25. Duar. *ad L.* 1. *de leg.* 1. differentiam hanc non esse ex reliquo aliquo discrimine inter legata, & fideicommissa, sed inde, quia apparet voluntas testantis. Nec referre, an verba sint precaria. Nam etsi huiusmodi sint. *Heres damnas esto Stico libertatem dare*, æque factum heredis requiretur, & libertus fiet heredis. Sed optime Turamin. ut notavi *supr. Cap.* 2. *N.* 9. directæ libertatis dationem non esse legatum. Et fideicommissaria quoque libertas ab aliis fideicommissis in pluribus discrepat, de quibus vide Chiflet. *Lib.* 2. *de l. Fideicom C.* 7. ut non absurde forsan dici possit, fideicommissum libertatis, & aliarum rerum non convenire genere Synonymo, sed homonymo, maxime cum & directis verbis ab herede relicta libertas fideicommissaria censeatur. Vid. de differentia libertatis directæ, & fideicommissariæ Chiflet. *d. Lib.* 2. *C.* 8.

C A P. V.

Quæ in legato inesse debeant, ut quod relictum esse constabit, iure consistat. Ac primum ex personis ad legatum pertinentibus Quis possit legare.

Ut utiliter quid legetur, in eo quatuor spectanda, & quæ nam. I.
Personæ, quibus legatum constat, tres. Quæ sint. II.
Is legare, aut fideicommissum relinquere potest, qui testandi ius habeat. III.
Utrum habuerit, eo tempore inspiciendum, quo legatum reliquit. Quid inter relictum testamento, & codicillis intersit. IV.

I. Cum constabit & scripto, dictove, & dicentis voluntate aliquid legatum, fideive commissum esse; proximum erit ad vim legati, ut de iure eius, idest quam recte relictum sit, cognoscatur. Nihil enim interest, nihilne relictum sit, an relictum sit perperam, idest, ita, ut legatum iure non consistat. *L. quoties. D. qui sat. cog. L.* 2. *D. auct. tut.* Ut utiliter quid legetur, in eo hæc spectanda omnia, in quibus versantur legati caussæ. Primum personæ, quibus legatum constat. Secundo res legata. Tertio legandi forma. Quarto legandi finis. Harum caussarum singulæ certas leges iure acceperunt. Quæ si servantur, valet legatum. Si quid in una aliqua contra factum sit, inutiliter relinquitur. Ac de singulis ordine consideremus.

II. Personis omne legatum, & fideicommissum constat tribus, legantis, legatarii, & eius a quo relinquitur.

III. De legante ita ius est, eos demum legare, & fideicommissum relinquere posse, qui testandi ius habent. *L.* 2. *D. de legat.* 1. *L.* 1. *D. de legat.* 3. Qui id ius habeant, in testamentis diximus. Si qui ergo in hoc numero non erunt, hi frustra legatum aut fideicommissum reliquerint. Exempli gratia, servi, de statu suo dubitantes, filiifamilias, deportati, quibus exemplis Ulpianus utitur in *d. L.* 1. *de legat.* 3. Ex quo est, quod traditur in *L. nutu.* 21. *D. eod.* nutu etiam relin-

relinqui fideicommissum; sed cum hac exceptione, [1] dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest. Scilicet quia mutus testandi ius non habet. *§. item surdus. Inst. quib. non est per. fac. test.*

IV. Utrum qui legavit ius testandi habuerit, ut utiliter legaret, eo tempore spectandum est, quo legavit. Si quis quo tempore legavit, testandi ius non habuit, mutata postea conditione non eo magis legatum convalescet, quanvis eo statu decesserit. Veluti, si filiusfamilias legaverit quid, & postea emancipatus, aut aliter sui iuris factus decesserit. Aut si legaverit deportatus, deinde indulgentia principis restitutus fuerit, atque ita decesserit. Hæc Ulpianus in *L.* 1. *§.* 1. & *§. si quis. de leg.* 3, sed utrobique cum hac distinctione, ut si quidem fideicommissum relictum sit codicillis, mutata conditione relictum confirmetur, si qui reliquit, in eadem voluntate duraverit. Aliter, atque si relictum sit testamento, quia testamentum quod initio non valuit, ut nuda voluntate non constituitur, sic nec confirmatur. *L. qui ex liberis. §. ult. D. de bonor. poss. sec. tab.* Quippe testamenti factio publici iuris est. *L. 3. D. qui test. fac. pos.* Nemo autem voluntate sua ius publicum mutare potest. *L. ius publicum. D. de pact.* In codicillis magis voluntas spectatur, ut qui nullam solemnitatem iuris desiderent. *Inst. de cod. in fi.*

[1]) Ita & Duar. *ad d. L.* 2. *de leg.* 1. distinguit inter mutum natura, & propter morbum, & Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 1. *n.* 3. ubi *n.* 6. *&* 7. statuto quoque testari vetitum v. g. minorem legandi ius non habere, quod tamen negat Vasq. ut *not. Lib.* 7. *C.* 19. *N.* 1.

C A P. VI.

Quibus legari, aut fideicommissum relinqui possit.

Legari potest omnibus, cum quibus testamenti factio est. I.
Servo hereditario recte legatur. II.
Non item servis, qui dominos non habent, & deportatis. III.
Nec ei, qui apud hostes decessit. IV.
Nec servo pœnæ, nisi alimenta. V. VII.
Nec deportato, nisi a milite. VIII.
An servo proprio, vel heredis. VI. IX.
Hodie incertis personis legari potest. X.
Item collegiis. XI.
Item vicis, aliisque universitatibus. XII.
Testamenti factio cum legatario inspicitur duobus temporibus, testamenti, & mortis. XIII.
Interdum incapaci tempore mortis, vel testamenti, vel utroque relictum valet. XIV.
1. *Si in id tempus, quo capere poterit.* XV.
2. *Si sub conditione extitura post mortem testatoris, cum iam capax esse cœpit.* XVI.
3. *Si ei, qui solidum capere non poterat, plus, quam capere ei licet, relictum, isque rogatus sit totum restituere.* XVII.
Aliud, si nihil omnino capere potuit. XVIII.

I. DE legatario, id est eo, cui legatum, aut fideicommissum relinquitur, ita traditur, legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. *§. legari. Inst. de leg.* Id est iis, non utique qui testamentum facere possunt, sed qui possunt ex testamento nostro capere. *§. testamenti autem. Inst. de her. qual. & diff.* Et hi quoque quinam essent, in heredum institutione satis supra diximus, Lib. VI. Cap. XVII. unde cætera ad personas eorum, qui capere quovis modo non possunt, pertinentia, petere licebit. Nunc quæ ad legata maxime pertinent, peculiariter exsequar.

II. Et cum in his, qui capere possunt, soli sint cives Romani, ut declarant verba legis Falcidiæ, *L.* 1. *D. ad leg. Falcid.* & propter cives, horum servi; *L. non minus. D. de hered. inst.* inde regula iuris civilis in legatis, ut, quibus ipsis legare possumus, eorum quoque [1] servis lega-

[1]) *L.* 82. *§.* 1. *de leg.* 1. ubi nolim cum Perrenon. 2. *Animadv. & Var. Lect.* 19. negatione inserta in vers. *calumniosa est enim &c.* legere *non posse legari*, propter *L.* 113. *in pr. de leg.* 1. Nam hic est sensus ICti *d. §. ult.* reprobandam esse eorum opinionem, qui putabant, id, quod receptum erat, ut servo legari posset, & quandiu serviret *d. L.* 113. *pr.* subvertere definitionem Iuliani, quam Paulus ibi proponit. Nam non dicit, falsam esse sententiam illorum verborum, *posse legari servo, & quandiu serviat*, sed calumniosam annotationem, eius videlicet qui in notis ad Iulianum prodiderat, quicunque tandem fuerit, ex illis Iuliani regulam, *id demum servo alieno legari, &c.* everti. Quem sensum Pauli esse verba sequentia cum primis vero vers. *alioquin &c.* attentius legenti ostendunt.

legare possimus. *L.* 12. §. *regula*. *D. de legat.* 1. Inde dictum & illud, servo hereditario recte legari; licet hereditas adita non sit; quia hereditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. *L. legatum*. 116. §. *servo*. *D. de leg.* 1.

III. E converso cum non sint in eo numero, qui cives Romani non sunt, ut servi, qui dominos non habent, & deportati: efficitur, etiam his inutiliter relinqui.

IV. Hac de caussa relictum ei, qui apud hostes est, si ibi decessit, nullius momenti est. *L. si servo*. 101. §. *ultim. D. de legat.* 1.

V. Idem est, si relictum sit servo pœnæ, ut in metallum damnato. *L.* 3. *D. de his quæ pro non scrip. hab.*

VI. Qua ratione recte dixerimus constitutum esse, quod placuit, [2] servo proprio sine libertate legari non posse. *L. plane*. 24. §. *si coniunctim*. *L. si minor*. 102. *de legat.* 1. Non enim hic servus eum dominum habet, ex cuius persona consistat legatum. Legat enim dominus servi; sed dum servo proprio legat, perinde habetur legatum, quasi sibi ipsi legasset, si modo ex persona domini legatum valere volumus. Atqui testator secum testamenti factionem non habet, ut vel se heredem instituere possit, vel sibi ipsi quid legare. Quemadmodum autem servo proprio libertate non adscripta legari non potest: sic nec eidem data libertate, si legatum sit ei pure, libertas autem data sub conditione, quæ, patrefamilias mortuo, non possit statim ante aditam hereditatem exsistere. Sic enim reperitur tempus, quo servo proprio pure legetur sine libertate. Cæterum præsenti die data libertate servo legari vel pure, vel sub conditione potest. Sic enim semper libertas cum legato concurret. Idemque est, si legetur pure, libertas autem detur sub ea conditione, quæ patrefamilias mortuo possit statim exsistere ante aditam hereditatem. Hæc ad hanc sententiam Iulianus in *L. quæsitam*. 81. §. 1. *de legat.* 1. ubi & superiorum conditionum exempla reperientur.

VII. Plane servo pœnæ in metallum damnato relinqui potuerunt [3] alimenta. *d. L.* 3. *de his quæ pro non scrip. hab.*

VIII. Sed & deportatis; quibus, cum ea quæ sunt iuris civilis non habeant, relicta sunt ea, quæ snnt iuris gentium. *L. sunt quidam*. *D. de pæ.* Ideo & ex militis testamento capere posse eos placuit, sive instituantur heredes, sive qnid eis a milite legetur. *L. idem est*. 13. §. 1. *D. de test. mil.* *L. si deportati*. 7. §. 1. *D. de legat.* 3. Quasi scilicet quæ capiuntur ex testamento militis, capiantur ex iure gentium, non civili, cum testamentum militare nullis legibus, aut vinculis, & solemnibus adstrictum sit iuris civilis, *L.* 1. *de test. mil.* Non idem iuris esse dicemus, si quid deportato ipsi a pagano relictum sit; sed totum id pro non scripto esse. Congruit *L. si quis servo*, 94. *D. de legat.* 2.

IX. Quæ ratio facit, ut servo proprio sine libertate legari non possit. Eadem facit, ut servo heredis, libertate fideicommissaria non adscripta, inutiliter legetur. Nam ne hic quidem legatum valere potuit, nisi ex persona domini; ut perinde habeatur, quasi ei legatum esset. At ex huius persona consistere non potest. Alioqui futurum esset, ut ei a seipso legaretur: quod ins non patitur. Hoc in *L.* 8. §. *servo*. *D. de legat.* 3. §. *an servo*. *Instit. de leg.* De deportatis ius certum, hos ex testamento nostro capere nihil posse. *L.* 1. *C. de her. inst.* *L.* 3. *D. de his, quæ pro non scrip. hab.* Atqui deportati servo relictum valet. *L. si deportati*. 7. *in princ.* *D. de leg.* 3. Sed ideo valet, quia valet ex persona fisci, cuius est quodammodo hic servus, ut disserui in argumento de heredibus instituendis, *Tit. qui heredes insti. pos.* Qnod autem deportato ipsi a pagano relictum est, si valet, necesse est, ex persona deportati consistat. Quod fieri ius non patitur.

X. De quibusdam tum personis, tum corporibus dubitatum est, an esset cum his testamenti factio, quo quid his legari posset. In personis dubitatum de incertis: His neqne legari, neque fideicommissa relinqui olim concessnm erat, ut est in §. *incertis*. *Inst. de lega.* ubi & quæ incertæ

2) Vid. tamen *not. sup. Lib.* 6. *Cap.* 17. *N.* 21. & P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 4. Non obst. *L.* 14. *de reb. dub.* Nam ibi testes, quibus legatus, rogatu ipso, & adhibitione certi fiunt. Don. nost. *ad L.* 5. *pr. de reb. dub.* Sarmient. 2. *Select. Interp.* 5. *n.* 3. Forn. 3. *Rer. Quotid.* 23.

3) *L.* 20. *de reb. dub.* *L.* 26. *ad Treb.* *L.* 21 *Quib. mod. usuf. amit.* vid. Ulp. *tit.* 24. § 28. Forn. 2. *Rer. Quotid.* 21. Et de legato ad divisionem singulorum civium, de quo *d. L.* 122. Ræv. 2. *Var.* 16. Et quod civibus indefinite relictum, civitati intelligitur *L.* 2. *de reb. dub.* id est non singulis, sed universitati civium. Sicuti & cum quid iis, qui in templo erunt, legatum, non ministris, sed templo intelligitur, *L.* 20. §. 1. *de ann. leg.* Si vero administratoribus civitatis legetur, distinguitur. Si ab extraneo, debetur civitati; sin a necessitudine iuncto, personæ contemplatione relictum censetur. Quod de Episcopo, & Ecclesia sic cavit *C. requisivisti ext. de testam.* Baro *ad d. L.* 2. *de reb. dub.* vid. Meno. 4. *Præsumpt.* 112. Donel. *ad d. L.* 2. verbum *civibus*, esse ambiguum; posse accipi de universis, posse & de singulis. Illam acceptionem præferri (1) quia credibile est testatorem dilexisse, civitatem magis, quam singulos cives. (2) quia inter tam multos divisum, ad minimam summam in persona cuiusque redigeretur. (3) Nimis oneraretur heres.

tæ personæ fint, declaratur. Ratio reddita ab Ulpiano in fragmentis, *Tit. qui her. inst. poss.* quoniam certum consilium debet esse testantis. Sed hoc ius emendavit Iustinianus, non solum ut [4] his personis legari posset, sed etiam ut possent heredes institui, ut ipse testatur in *§. sub certa. Inst. de lega.*

XI. In corporibus dubitatum de civitatibus, vicis, collegiis: hac ratione, inquit Ulpianus in fragmentis, *Tit. qui her. inst. poss.* quia & hæc incerta corpora sunt; ut proinde videri posset, non fuisse cum his testamenti factio. Sed iam olim placuerat [5] civitatibus posse legari, & si quid relictum sit, omne valere. *L. si quid relictum.* 117. *D. de leg.* 1. & quidem etiam, quod ad honorem, ornatumque civitatis pertineret. Sic enim traditur in *L. civitatibus.* 122. *de legat.* 1. ubi & quæ sint huius generis, dilucide explicatur. Cuiusmodi etiam nonnulla referuntur in *d. L.* 117. *eod.*

XII. Hoc iure recepto, placuit, & vicis, similiter ut civitatibus legata capere licere. *L. si heres.* 73. *§.* 1. *de legat.* 1. Proinde & aliis universitatibus, ut collegiis licitis, recte legabitur. *L. collegium. C. de hered. inst.*

XIII. An sit cum legatario testamenti factio, non per omnia spectatur iisdem temporibus, quibus inspicitur, an sit testamenti factio cum herede instituto. Ut sit cum hoc testamenti factio, tribus temporibus inspicitur, testamenti facti, mortis testatoris, & quo heres hereditatem adit. *L. si alienum.* 49. *§.* 1. *D. her. insti.* Ut sit autem testamenti factio cum legatario, inspicitur tantum [6] duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris. His quidem temporibus esse debere & cum legatario testamenti factionem eæ rationes probant, propter quas in herede instituto eadem tempora spectanda esse placet. Dicimus enim, in huius persona spectandum esse tempus testamenti facti, ut constiterit Institutio; mortis testatoris, ut institutio exitum habeat. *d. L. si alienum.* 49. *§.* 1. Atqui & in legato ad vim legati eadem illa intervenire oportet, ut constiterit scilicet ab initio legatum, & post exitum habeat. Quare & propter easdem caussas in legatis ius idem admittemus. At tertium illud tempus aditæ hereditatis in legatis non spectatur, quia non ut in herede ad ius percipiendæ hereditatis id tempus spectari necesse est: ita necesse est, id spectari in legatario ad ius legati percipiendi. In herede ideo hoc quoque tempus inspicitur, quia ius heredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Acquirit autem extraneus tunc solum, cum adit. In legatario contra ideo id spectari sit ineptum, quia non hoc primum tempore legatum ei acquiritur, sed multo ante, nempe ex ipso tempore mortis testatoris. Ex eo enim tempore omnium legatorum pure, aut in diem relictorum dies cedit. *L. unica. §. in novissimo. C. de cad. toll.* Cedere autem ex illo dies dicitur, ut intelligatur id tempus esse, ex quo adita quandoque hereditate, retroversus legatum acquiratur ei, cui per ius acquiri potuisset statim, si hereditas adita esset. *L. 5. §. ult. D. quan. di. leg. ced.* Superiora tempora cum spectanda dicimus, hoc dicimus, si quis uno aliquo ex his legati capax non fuit, puta quia deportatus, legatum esse inutile. Cum dicimus sola spectanda, hoc significamus, dum horum utroque legatarius fuerit civis Romanus, legatum eum capturum, quanvis intermediis temporibus fuerit deportatus, & postea restitutus. Idque est, quod dicitur, media tempora non nocere. *d. L. si alienum.* 49. *§.* 1. *L. 6. §. solemus. D. de hered. instit.*

XIV. Interdum tamen etiam non capaci, puta deportato, qui alterutro horum temporum, vel utroque deportatus fuerit, legatum relictum ita valet, ut ne ea quidem tempora duo legatario noceant. Quo loco a superiore iure tria nobis legatorum genera excipienda sunt.

4) In puris scilicet legatis. In conditionalibus autem tantum existentis conditionis P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 2. Sed vid. *infr. Cap.* 13. *N.* 5. *& ibi not.*

5) Nam servo legatum, acquiritur domino. Quia igitur hic heres dominus, idem esset petitor, & debitor legati. Cuiac. 2. *ad African. in L.* 107. *§.* 1. *de leg.* 1. P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 8. Exceptio tamen est in *d. L.* 107. *§.* 1. Servo proprio alteri legato legatur utiliter, quia tunc, quod servo legatum, non defertur ante, quam legatum ipsius servi delatum, & acquisitum fuerit legatario, cui deinde & id quod servo legatum erat, acquiritur. Cuiac. *d. loc.* ubi & tradit, hodie servos omnia legata capere, quæ dominus eis sine libertate reliquit per *L. pen. §.* 2. *C. de nec. serv. her. inst.*

6) Quia huiusmodi legata sunt facti *L. pen. de cap. demin.* Et alii etiam servo, qui dominum habet, relicta, domino non præstantur, sed ipsi servo *L.* 9. *quand. di. leg. ced.* Hot. *Ill. Q.* 41. Verum hoc non probat *d. L.* 9. sed immo contra evincit, si servus, die cedente, superstes, legatum domino acquiri. Et in *L.* 42. *de cond. & dem.* aperte dicitur, non servorum hoc esse, sed domini legatum. Sane & servis propriis alimenta legari possunt; ut eorum sit legatum, ipsisque ab herede, domino ipsorum effecto, præstetur *L.* 17. *de alim. leg.* Aliud autem est si legetur servo alieno *d. L.* 42. *d. L.* 9. Nec probo distinctionem Cuiac. 2. *ad Afr. ad d. L.* 42. Si servis Titii simpliciter legetur, tum legatum videri domino; sin, nominibus servorum expressis, tum servis ipsis, & eorum morte finiri. Nam immo utroque casu & domino acquiritur, & servorum morte finitur. Cæterum & incestuosis alimenta relinqui possunt, *C. cum haberet de eo, qui dux. in matrim.*

XV. Primum est, si cui legatum sit in id tempus, cum capere poterit. Hoc quidem modo concepta heredis institutio valet. *L. in tempus. D. de her. inst.* Valebit & legatum eodem modo conceptum. Ut, si testator ita leget, illi quantam pecuniam capere poterit, dari volo. Ex hoc legato capiet pecuniam legatarius cum primum per leges capere posse cœperit, etiam si tempore testamenti, facti, & tempore mortis testatoris capax legati non fuerit. *L. si ita quis. 51. D. de leg. 2.*

XVI. Secundum genus est, si quid legatum sit sub alia quavis conditione, quæ modo post mortem testatoris exstiterit, cum iam legatarius legati capax esse cœpisset. Finge, legata decem deportato sub conditione, si navis ex Asia venerit. Si conditio exstiterit vivo testatore, incipit purum esse legatum. *L. si pupillus. D. de cond. inst.* Ideo & ad regulam superiorum pertinere, ut in eo an sit cum legatario testamenti factio, inspiciendum sit duobus temporibus: quo conditio exstitit, quasi legato tum primum relicto, & quo testator moritur. Quod si exsistat conditio post mortem testatoris, satis est, unum id tempus inspici, ut si [7] deportatus ante recepit civitatem, ad legatum admittatur. *L. eum qui. 104. D. de cond. & dem. §. an servo. Inst. de leg.* Neque nocebunt præcedentia tempora, quibus legati capax non fuit, ut solet in his legatis, quæ pure, aut in diem relinquuntur; quoniam ad ea pertinet regula Catoniana: ad conditionalia legata non pertinet. *L. pen. D. de reg. Cat.* Quod quid sit, dicetur postea in huius regulæ explicatione.

XVII. Tertium genus est, cum ei, qui solidum capere non poterat, amplius legatum est, quam poterat capere, & is rogatus est legatum totum restituere alteri. Placet, hunc solidum capere posse. *L. cum ei. 42. D. de leg. 2. L. si fidei. 28. D. de leg. 3.* Nempe partem pro eo iure, quo capere ei licet; partem autem alteram pro eo iure, quo placet, legatarium legatum scindere non posse, ut partem velit, alteram nolit. *L. 4. D. de leg. 2.* Neque hic quisquam fieri quidquam existimet adversus legem, quæ legatarium solidum capere vetat. [8] Non enim videtur capere quisquam, quod alii restituere cogitur. *L. 1. §. 1. D. si quis al. test. pro. L. aliud est capere. D. de verb. signif.*

XVIII. Quod si quis sit, qui solidum capere non possit, frustra ei legetur, quamvis iubeatur is alteri restituere; cum nihil sit in hoc legato, quod iure suo possit capere. Sed secundo fideicommissario fideicommissi persecutio adversus heredem dabitur. De quo postea in ea parte, in qua quæritur, a quo legatum sit præstandum. Qui solidum capere non possint, dixi satis in heredum institutione.

CAP.

7) P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 3. Quæ de deportato post apertum testamentum. Nam si ante, per legem Papiam de Caducis, iam ius fisco quæsitum erat. Hodie autem post L. Caducar. sublatas, distinctio hæc non obtinet, A. Fab. 1. *Iurisp. T.* 11. *Præscr.* 3. *ill.* 2.

8) *L.* 51. *de R. I.* Effectum enim spectamus, & personam, cui acquisitum, non a quo administratum, & præstitum voluit testator. P. Fab. *ad d. L.* 51. vide & Cuiac. *in Nov.* 129.

C A P. VII.

A quibus legatum fideivecommissum relinqui possit: Et in his de primo genere eorum, quibus testator quid dedit: in quo sunt heredes ab eo scripti, legatarii, fideicommissarii, donatarii, quibus donatum est mortis caussa, & debitor defuncti; tum istorum omnium heredes.

Eorum, a quibus legatum relinqui potest, duo genera. I.
Unum eorum, quibus aliquid datur. II.
Alterum eorum, quibus, cum possit, nihil adimitur. III.
In priori genere qui sint. IV.
Sunt heredes instituti. V.
Nec nostri tantum, sed & quos pater filio impuberi heredi instituto substituit. VI.
Heredi a se ipso legari non potest; a coherede potest. Quatenus. VII.
Quid si ex duobus heredibus, is, cui fundus legatus erit, heres non extiterit. VIII.
Utrum a filio herede patri legari possit. IX.
Item in eodem primo genere sunt legatarii, & fideicommissarii. X.
Item eorum omnium heredes. XI.
Item donatarii mortis causa. XII. XIII.
Postremo debitor defuncti. XIV.

I. A Quibus quid relinqui possit, aut non possit, de his ita ius est, ut cui testator suprema voluntate nihil dederit, ab eo [1] nihil possit legare, aut relinquere per fideicommissum, quo eum rogando obliget. *L. ab eo. C. de fideic. L. 6. in fin. D. de leg.* 3. Contra autem relinqui possit ab omnibus, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non [2] adimitur. Sic enim hoc posterius Ulpianus definit in *L.* 1. *§. pen. D. de leg.* 3. Quæ si definitio vera est, ut est verissima, hinc intelligimus, duo genera esse eorum, a quibus fideicommissum relinqui possit, proinde & legatum.

II. Unum eorum, quibus testator quid dedit, quod morte eius ad eos perveniret.

III. Alterum eorum, quibus ideo dedisse videtur, quia his non ademit, quod supremo iudicio illis adimere poterat. Quibus generibus qui contineantur, videamus.

IV. Et primo in genere hi habentur: heredes instituti; legatarii, seu fideicommissarii; tum istorum omnium heredes; donatarii, ad quos mortis caussa quid pervenit; & debitor defuncti tum, eum ab eo quid relinquitur, de quibus dicam ordine.

V. Primum ab heredibus institutis legari, & per fideicommissum relinqui posse plus quam certum est, cum his a testatore non una aliqua pars bonorum detur, sed universim ipsa hereditas. *d. L. ab eo. C. de fid.* Declarat definitio legati, qua dicitur, legatum esse donatio a defuncto relicta ab herede præstanda. *§.* 1. *Inst. de leg. legatum*. 116. *D. de leg.* 1.

VI. Neque solum ab heredibus nostris, quos nobis instituimus, relinquere omnes possumus: sed etiam potest pater ab heredibus, quos filio impuberi substituit. *L. ex duobus. §.* ultim. & *L. seq. D. de vulg. L. in ratione. §. quod vulgo. L. in duplicibus. D. ad leg. Falcid.* Et recte: etsi enim impubere, qui patri heres exstitit, ante pubertatem mortuo, substitutus ei fit heres, non patri. *Inst. de pup. in pr.* pater tamen ei hereditatem dedit, quæ & morte patris ad eum pervenit, *L.* 2. *de*

1) Re videlicet & effectu, si & ad eos pervenerit *L.* 78. *de leg.* 1. non colorate *L.* 3. *§.* 2. *de leg.* 3. vel in eventu ut in *L.* 70. *§.* 1. *de leg.* 2. iudicio, non fortuito *L.* 6. *de leg.* 3. Chiflet. *Lib.* 1. *de Iur. Fideic.* C. 6. Hinc non potest relinqui ab iis, qui lege succedunt, etiam invito testatore, ut arrogatus, & patronatus, vid. not. *Lib.* 6. *C.* 17. *n.* 4. filius in legitima 32. *L.* 36. *§.* 1. *C. de inoff.* Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat.* C. 1. *n.* 24. Aliquid intellige commodi pecuniarii. Hine ab eo, cui libertas sola relinquitur, legari nequit *L.* 94. *§. ult. de leg.* 1. licet is onerari possit in modum conditionis, ac modi *t. t. D. de statulib.* Et cui adsignatus est libertus onerari nequit fideicommisso *L. assignare* 7. *de adsign. Lib.* Duar. *ad L.* 11. *de leg.* 1. *f.* 496. quia adsignatio iure relicti censeri nequit, cum adsignans disponat de homine libero, qui non est in commercio, nec legari potest; nec valeret ea dispositio, nisi SCto confirmaretur A. Fab. 1. *Iurispr.* 5. *Pr.* 2. *Ill.* 24.

2) Regula vulgata: Quem non honoro, nec onero vid. Vacon. 4. *Decl.* 55. Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat.* C. 1. *n.* 19. *& seqq.* P. Anton. *de Petra. de Fideic.* Q. 5. *n.* 71. *& seqq.* ubi plures exceptiones refert, sed quæ regulæ, dextre intellectæ, non insunt, nec ei conveniunt. A tutore tamen etiam falso, & cui nihil datum, recte relinquitur; sed ut debeatur ceu a pupillo relictum *L.* 69. *§.* 2. *de leg.* 2. *L. etiam* 20. *C. de fideic.* Chiflet. *Lib.* 1. *C.* 6.

2. *D. de vulg. Inst. de pup. in pr.* Quinetiam si recte iudicare volumus, cum filius prius heres exsistat patri, deinde filio substitutus: fit, ut substitutus per interpositam personam filii etiam patri sit heres, dum huius hereditatem in hereditate filii inventam obtinet. *L. sed si plures.* 10. *§. filio. D. de vulg.* unde regula iuris, heres heredis heres quoque est testatoris. *L. ult. C. de her. inst.* Et vero hanc solam superioris iuris rationem fuisse veteribus, ex eo intelligi potest, quod ita placuit ab impuberis substituto fideicommissum relinqui posse, si impubes sit heres institutus. Cæterum ab exheredati substituto inutiliter relinqui. *L. ab exheredati.* 126. *D. de leg.* 1. *L. ult. de leg.* 3. *L. cum quidam. C. de lega.* Atqui pater quamvis exheredato substituat, tamen semper substitutum heredem facit. *L.* 2. *D. de vulg.* denique dat substituto hereditatem. Esto, non suam, attamen hereditatem impuberis, quæ & morte patris ad substitutum pervenit, ut videatur superiore definitione Ulpiani effici, ab hoc quoque substituto relinqui posse, quia quid ei datur a patre. Sed non videtur dare pater, qui dat, quod suum non fuit: cum dare sit in aliquem quid transferre. *§. sic itaque. Inst. de act.* tantum autem quisque deferendo, tradendove transferre intelligatur, quantum eius fuit, qui defert, aut tradit. *L. traditio. D. de acq. re. dom.* Omninoque sic res habet, ut quod dicitur ab his relinqui posse, quibus testamento quid datum est; vel ad quos morte testatoris aliquid pervenit, dum eis datur: sic acceptum sit, si testator quid dederit de suo, ut significatur in *L. in ratione. §. quod vulgo. circa fi. D. ad leg. Falcid.* Quominus autem relinqui possit ab exheredati substituto, facit etiam ea ratio, quæ recte in hac re a Iustiniano usurpata videtur in *L. qui fundum.* 87. *§. qui filios. in fi. D. ad leg. Falcid.* non enim convenit, inquit, ut plus iuris circa personam substituti pater habeat, quam habuerat in filio, cui substituit. Sumptum ex regula iuris, quæ dictat, eos qui in ius, & locum alterius succedunt, eodem iure uti debere. *L. qui in ius. D. de reg. iur.* Constat porro ab exheredato ipso legatum dari non posse, ut cui pater nihil dederit. *d. L. ab eo. C. de fid.* Quo fit, ut nec dari possit ab exheredati substituto. Sed adeo placuit ab exheredati substituto relinqui non posse, ut quamvis pater aliquid legaverit exheredato, tamen ne sic quidem placeat a substituto posse legari, etsi maxime rogetur substitutus idipsum corpus restituere, quod exheredato legatum erat. *d. L. qui fundum. §. qui filios. vers. nec huic contrarium. ad leg. Falcid. L. cum quidam. C. de leg.* Quasi scilicet ne hic quidem testator quidquam legaverit a substituto de suo, sed de eo, quod prius impuberis fuit. At enim si quid leget pater filio exheredato, receptum est, etiam ab eo hactenus relinqui posse. *L. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. & pup. subst.* Sed non ideo efficitur, posse etiam tum relinqui ab eius herede. Filio enim legatario pater dedit de suo, at non item eius heredi: 3 cum, ut dixi, legatum quod ad eum perventurum est, obventurum sit de eo, quod iam impuberis esse cœperat. At etiam traditur in *L. 5. §. 1. de leg.* 3. a legatarii herede relictum fideicommissum valere. Sed adiicitur ibidem, benignum esse id accipi. Hac adiectione admonemur, hanc sententiam recipi posse in omnium aliorum legatorum heredibus; in filii impuberis exheredati, eiusdemque legatarii substituto locum non habere. Hæc enim benignitas interpretationis admitti potest in aliis omnibus; in exheredati substituto non est admittenda, quoniam res odiosa est exheredatio, quæ ideo interpretatione non est adiuvanda. *L. cum quidam. D. de lib. & post.* Sit igitur hæc summa, unumquemque utiliter legare ab herede a se instituto, etiamsi erit substitutus heres impuberis, quem pater ei dederit: dummodo in hac specie sit & ipse impubes prius a patre institutus: exheredato eo inutiliter ab eius substituto relinqui.

VII.

3) Discrimen hoc non agnosco, omnino diversam rationem putant, ideoque & diversum ius legati uni heredum simpliciter relicti, de quo *supr. dd. LL.* & eidem prælegati, seu legati præceptionis, de quo d. *L.* 75. §. 1. inter quæ discrimen esse probat *L. 1. §. 6 ibi ex caussa præceptionis*, iunctis illis verbis *ibi vel alio genere legati. D. Quod Leg.* Et *L. 89. ad L. Falc.* ubi aperte seiungitur legatum datum heredi ab eo, quod præcipere iussus est. Legatum simpliciter heredi pro parte hereditaria inutile est, *dd. LL.* Prælegatum non æque; sed immo, nostro fatente *Lib. 7. C. 25. N. 6.* in eo duæ sunt partes: hereditaria, & quæ a coherede accipitur. Et partis illius hereditariæ ratione restitutionis ex SC. Trebelliano vel retentionis; (Nam interdum hereditate restituta, integrum retinetur, *d. C. 25. N. 7.* Totum igitur utile est) & ratione imputationis in quadrantem Trebel. *d. Lib. 7. C. ult.* plures sunt effectus. Legati autem simpliciter heredi relicti, siquidem heres existat, pro ea parte, qua heres est, nullus omnino est effectus. Dicitur enim inutile *L. 18. L. 34. §. 11. de leg.* 1. Quare in prælegato puro, quacunque ratione heres non exsistat, etsi ob repudiationem, semper partem alteram hereditariam non obtineri, quia videlicet non heredi non possit obtingere: in legato autem simplici semper integrum obtineri, si heres non exsistat, etsi alia, quam repudiationis caussa; quia videlicet in eo legato nulla pars est hereditaria.

VII. Sed tamen & hoc ipsum, quod dicimus ab eo quem nobis heredem instituimus, legatum, & fideicommissum dari posse: sic accipiendum erit, dum ab eo detur alii. Cæterum heredi a seipso legari non potest; a coherede potest: hac lege tamen, ut quod in hoc legato accipit heres iure suo, id est hereditario, quia relinquitur ei a seipso, inutiliter legari intelligatur. *L. legatum.* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Effectus hic est, ut si duobus res sit legata, quorum unus heres institutus sit; quia ei a semetipso inutiliter legatur, ideo quod ei a semetipso legatum est, ad collegatarium pertineat. Ut, si proponas, duos heredes institutos, unum ex uncia, alterum ex duodecim unciis, & eis fundum legatum esse; unciarius heres undecim partes in fundo habiturus est, coheres unciam. Hoc in *L. plane.* 34. *§. si duobus, D. de leg.* 1. Qua ratione eveniet & in hac specie, ut, si duo sint heredes instituti ex semissibus, & fundus legatus sit uni, & item cum eo duobus extraneis: hic extranei vindicare possint ab herede, cui legatum est, totum semissem fundi: duas quidem partes semissis ex persona sua, cum hæ partes singulis legatæ sint; tertiam autem, quæ futura erat heredis, si legatum in persona eius constitisset, accipiant iure accrescendi, cum effectum sit legatum in persona eius non constitisse: reliqui autem semissis trientem, id est duas partes, ab alio herede vindicent: restet eius semissis pars tertia, quam solam heres, cui legatum est, possit a coherede suo vindicare, dum scilicet duo extranei in legatum concurrent. Quæ sententia est paulo obscurioris loci, qui exstat in *L. legatum*. 119. §. 1. *de leg.* 1.

VIII. Quid tamen, si ex duobus heredibus, is, cui fundus legatus erit, heres non exstiterit? An quasi impedimento hereditatis sublato, quod ei obstabat, totum legatum capere poterit, id est, & quod a coherede, & quod ei a seipso relictum erat? An vero solum, quod ei legatum erat a coherede, quia quod ei a se relictum est, in persona eius ab initio non constiterit: regula autem Catoniana vetet, quod ab initio non valuerit, id eventu confirmari? *L.* 1. *D. de reg. Caton.* 4 Distinguemus. Nam si hic heres, mortuo testatore, hereditatem repudiaverit, totum legatum capiet, etiam pro ea parte, quæ ei a se relicta est. Non enim dici potest ea pars heredi relicta esse a seipso, quem ex eventu heredem non esse apparuit. *L. qui filiabus.* 17. *& L. sequen. L. filio.* 87. *de leg.* 1. Neque impedimento est regula Catoniana. Nam ex hac regula, quæ legata ab initio non valent, ita demum inutilia sunt, si inutilia sint hac conditione, si statim testator decessisset. *d. L.* 1. *de regu. Caton.* At hoc legatum tale non est. Nam etsi testator statim decessisset, fieri potuit, ut is heres, cui legatum tum est, heres non exsisteret; ut sic ei non inutiliter relinqueretur Atqui hoc in hac specie ita contingit; ut appareat, legatum ad regulam Catonianam non pertinere. Quod si heres, cui legatum erat, mortuo quidem testatore, desierit heres exsistere posse; non tamen quia hereditatem repudiaverit, sed quia decesserit ante aditam hereditatem, contra erit, ut indicatur in *L. miles.* 75. §. 1. *de lega.* 2. Tum enim quod ei a coheredibus legatum erat, ut ab initio constitit, ita & ad heredes eius transmittetur, quia legatorum utiliter ab initio relictorum dies iam tum cesserat. *L. unica. §. in novissimo. C. de cad. toll.* At quod ei a se relictum erat, non transmittetur. Nempe ideo, quia pro ea parte, quæ ei a se relicta erat, legati dies non cesserat. Hæc enim ei utiliter relinquebatur sub conditione, si heres non esset. Quæ conditio, vivo eo, non exstitit. Porro, quod sub conditione legatum relictum est, non prius eius legati dies cedit, quam conditio exstiterit: ne quidem, inquit Ulpianus, si ea conditio sit, quæ sit in potestate legatarii, qualis est superior. *L.* 5. *versic. sed si sub conditione. D. quan. di. leg. ced.*

IX. Etsi autem heredi a seipso legari non potest: a filio tamen herede etiam pure patri legari posse placuit; nec interesse, an, die legati cedente, in patris potestate sit, & iussu patris adita sit hereditas, an contra. *L. a filio.* 25. *de leg.*

4) Turamin. *de Exeq. Leg. C.* 4. *n.* 13. Nam etsi, inquit, statim testamento facto, decesserit testator, tamen non certo futurum, ut legatum hic dominus, vel pater a se ipso acciperet. In ea namque caussa est hereditas, ut non ante acquiratur domino, patrive, quam iussu illius servus, filiusve adierit. Fieri autem potest, ut alienet, vel manumittat servum, aut emancipet filium, antequam iubeat adire, ut ita non sit futurus heres simul, & legatarius. Quod si iussu eius adierit servus, filiusve, tum legatum eventu inutile fit propter confusionem, & imputatur in Falcidiam quasi acquisitum iure hereditario, *d. L.* 25. *in fin.* Ita Turamin. & recte. Quare labitur hic noster in eo, quod nec eventu infirmari hoc legatum sentit, quod refellunt verba extrema *d. L.* 25. Nam si adeunte deinde filio, iure legati sibi a filio relictum pater consequeretur, non imputaret in Falcidiam, *L.* 91. *ad L. Falcid.* Atque sic etiam defendi potest, non esse negationem detrahendam Ulpian. *tit.* 24. §. 24. ceu faciunt, Cuiac. 6. *Obs.* 37. & Turamin. *d. C.* 4. *n.* 12. si ita interpretemur: *Legari non potest, & cuius in potestate est heres*, scilicet cum effectu non potest, si adhuc sit in potestate, die legati cedente.

leg. 1. Quod eo dicitur, cum de eo in proposito ex superiore regula posset dubitari. Etenim poterat videri in hac specie pater heres esse, utpote cui per filium acquiritur hereditas; proinde etiam esse is, de quo dici possit, ei heredi a seipso legari. Sed quod pater fit heres postea, id ex eventu accidit, dum & filius in potestate eius est, & filium iubet pater hereditatem adire. Cæterum ab initio pater heres non est, & [5] multa incidere possunt, quamobrem ei postea hereditas non acquiratur: vel quod filius interim emancipetur, vel quod pater decedat prius, quam iubeat. Quæ omnia ostendunt, non posse dici hoc legatum ab initio relictum esse heredi a seipso, cum pater heres non fuerit; proinde & legatum ab initio in persona patris constitisse. Non potest autem, quod initio constitit omni ex parte, eventu infirmari. *§. furiosi. Inst. quib. non est per. fac. test.* Quod si a filio patri legari potest, consequens est, ut ab eo quoque legari possit omnibus, qui sunt in eiusdem patris potestate, & per quos patri legatum acquiritur: puta fratri eius filii, vel filio eius, vel servo patris. *L. quæsitum.* 91. *in pr. de leg.* 1.

X. Eiusdem generis cum heredibus sunt legatarii, & fideicommissarii, quibus item a defuncto quid dari constat, quod morte eius ad eos perveniat. Ergo & ab his pariter fideicommissum relinqui potest. *Inst. de sing. reb. per fid. rel. in pr. L.* 5. *in pr. D. de leg.* 3. Hactenus tamen, ne ultra obligentur, quam acceperint. *L. si legatarius.* 8. *in prin. D. de leg.* 3.

XI. Atque ut ab herede, vel legatario fideicommissum relinqui potest, ita potest ab eorum [6] heredibus, utpote ad quos per interpositam heredis, vel legatarii personam hereditas, aut fideicommissum prius pervenit. *L.* 5. *de leg.* 3.

XII. Legatis comparantur mortis caussa donationes. *L. illud. D. de mor. cau. don.* Et quidem ita, ut legati appellatione contineri dicantur. *L. & fideicommissum.* 87. *de leg.* 3. Et merito: etsi enim in his donationibus vivus viventi donat: *L. senatus. §.* 1. *L. inter. D. de mor. cau. don.* tamen ita donatum, quasi suprema voluntate relictum esset, morte sola donatoris confirmatur; cuius in potestate est, dum vivit, id revocare, cum velit. *L. non videtur. D. eod.* Ideo exemplo legatorum etiam ab his, quibus mortis caussa donatum est, fideicommissum relinqui posse placuit. *L. eum pater.* 77. *§.* 1. *D. de leg.* 2. *L. ab eo. C. de fidei.*

XIII. Finitima est donationi caussa mortis, si superiorem exitum spectes, [7] donatio inter virum, & uxorem. Nam & hæc cum iure non teneat donatorem, quamdiu vivit: non revocata tamen, morte eius confirmatur similiter ut fit in legatis, & fideicommissis. *L. cum hic status. §. ait oratio. D. de don. int. vir. & ux.* Quam ob caussam & fideicommissi partibus fungi, ideoque & ad *legem Falc.* pertinere dicitur in *L. in donationibus. C. ad leg. Falc.* Quapropter non dubitabimus ab his quoque quibus ita donatum est, fideicommissum relinqui posse.

XIV. Postremo in his, quibus quid datur, quod ad eos morte defuncti perveniat, est [8] debitor defuncti, a quo quid reli-

5) Ratio hæc non satisfacit. Eidem enim locus in hereditate. Nam & hanc substitutus percipit antea impuberis redditam. Ratio verior a ICto innuitur in *d. L.* 87. §. 7. *quia eo casu non hereditatis paternæ portio, sed legatum ad eum pervenit:* id est non æque uti heres heredis, *L. ult. C. de hered. instit.* ita & legatarii, heres censetur testatoris.

6) Nec interest, proprio, an appellativo nomine graventur, ceu distinguunt DD. per *L.* 6. §. 1. *de leg.* 3. M. Ant. Peregr. *de Fideic. Art.* 1. *n.* 18. & Matthææ. *Lib.* 2. *Epit. Legat.* C. 1. *n.* 21. quos scite refellit Vacon. 4. *Decl.* 53. qui ad *d. L.* 6. §. 1. Resp. Ibi non proponi, Stichum factum heredem ipsius Seii, qui idem testatoris a Sticho legantis fuerit heres, sed *Stichum Seii* scilicet servum factum heredem alicuius tertii, puta Mævii. Quomodo enim alias iussu Seii domini ipsius hereditatem adire posset.

7) *Tex. in L. sequens* 68. *in fi. de leg.* 2. Licet enim inter vivos donatum acceptum sit, quia tamen donator potuit revocare, nec fecit, merito dedisse ei videtur cum moreretur per *L.* 32. §. 3. *de don. int. vir.* Scip. Gentil. 3 *de Don. int. vir.* C. 29. Diss. quodammodo Cuiac. *Consult.* 20. *&* *Cons.* 30.

8) A. Fab. 4. *Conject.* 11. Ante D. Pium, inquit, si a debitore fideicommissum relictum, heres de suis actionibus in debitorem cedendis rogatus videbatur *L.* 103. §. 13. *de leg.* 1. ubi ab Africano refertur sententia Iuliani, qui vixit tempore Adriani, ante D. Pium. Divus autem Pius induxit, ut fideicommissi nomine contra debitorem ex testamento, quis experiri possit *L.* 37. §. 3. *in fi. de leg.* 3. Et male igitur qui nunc dant optionem fideicommissario, an adversus debitorem agere velit, an adversus heredem ad cedendas actiones, cum immo heres nullas in effectu habeat, sed ipse agens doli exceptione removeatur *L.* 77. *de leg.* 1. Ita Faber. Sed nec ex *d.* §. 13. apparet, Africanum alterius magis, quam suam sententiam referre, neque sine vitio omisisset Africanus mentionem rescripti D. Pii, nec abolita sententia debuisset Pandectis inseri. Puto igitur recte DD. hanc electionem dare fideicommissario, cum quibus in eo quoque sentit Cuiac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 108. §. 13. & sic expeditior via erit fideicommissi consequendi, & conservandi relicti. Potest enim interdum actio cessa ex contractu esse commodior honorato, quam actio ex testamento. Nec obstat ratio Fabri, quia immo actionem veterem contra debitorem hunc superesse heredi aperte habetur in *L.* 37. §. 3. *de leg.* 3. Et aliud est nullam esse actionem, aliud non efficacem. *d. L.* 77. Nam actio in persona cedentis inefficax, potest esse efficax in persona cessionarii, de quo suo loco. Cæterum ei, quod debitoris fideicommitti potest, obstat *L.* 77. §. 5. *de leg.* 2 Resp. A. Fab. *d. C.* 11. & ante eum Hot. 1. *Amicab* 14. pro *Fideicommissi non teneri*, reponunt *Fideicommissi nomine teneri*, quod error natus sit ex compendio scribendi, hac nota: *nomine*. Nec recte, inquit Faber, Castrensis negat, emptorem esse debitorem in d. §. 5. eo quod venditio nulla sit. *L.* 42. *de Usu.* Nam cum quæritur, an emptor teneatur, id quæritur, an mulier possit petere ex caussa fideicommissi pretium venditionis. Petendo autem, nonne satis approbat alienationem.

Et

relictum est. Unde & similiter fidei eius commissum valere placuit, ut sic iam debitor non teneatur heredi, sed legatario. *L. si pecunia*. 77. *D. de leg*. 1. *L. cum quis decedens*. 37. §. *pater. in fi. de leg*. 3. Quid ergo est, quod huic debitori detur suprema voluntate, quamobrem fideicommissum ab eo ex regula proposita relinqui possit; Liberatio, quæ ex sententia testatoris huic debitori prius relicta intelligitur. Quod Ulpianus sic explicat in *d. L. si pecunia*. 77. fideicommissum, inquit, ex rescripto Divi Pii debitur, quasi videatur heres rogatus remittere debitori. Nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest. Quæ res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habeat, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest. Hæc ille.

Et si fideicommissum non valeret, dolo non faceret mulieri, venditionem irritam facere volens. Ratio autem cur doli exceprio locum habeat, quia duobus legatis relictis, si alterutrum onus habeat (ut hic fideicommissum pretii onus habet, ne ab emptore fundus vindicetur) non potest unum, accepto altero, repudiari *L*. 5. §. 1. *de leg*. 2. Ita Faber. Sed puto, receptæ lectioni suum sanum constare sensum, hoc modo: Regula est: Emptor fundi dotalis alienati a marito fideicommisso gravari nequit. Ratio, ut verissime Castrensis, quis debitor non est. Si enim alienatio nulla, utique nec dominium in emptorem transit, nec ullus inde obligationis effectus. Nec refert, quod petendo pretium mulier approbet venditionem. Inde enim efficitur quod ex tempore approbationis, quæ petitioni consequens est, alienatio valere incipiat. Itaque emptor fieri incipit debitor non testatoris, sed mulieris. Atque ita legatum consequitur mulier ex testamento, pretium venditionis iure obligationis, cuius caussa a se profecta est, non iure fideicommissi. Sequitur. Quid si venditionem approbare nolit, an legatum accipiet? Ratio dubitandi evidens. Negatur. Ratio decidendi, quia (ut hoc recte Hotom.) quæ viri iudicium ex ea parte, qua lucrum capit, approbat, non debet ex altera parte oppugnare *L*. 7. *de bon. libert*. Falso autem Cuiac. 5. *ad Afric. ad d. L*. 108. §. 13. in specie *d*. §. 5. emptorem prædii dotalis ipsi testatori omne prædium solvisse. Quod ipsa species §. perspicue refellit.

C A P. VIII.

De altero genere eorum, a quibus fideicommissum relinqui potest; in quo sunt, quibus testator aperte nihil dat, sed, quod poterat, non adimit: & qui in hoc numero habeantur. Obiter de sententia obscuri responsi Pauli *L. pen. D. de leg*. 1.

Qui sint in altero genere eorum, quibus datum videatur, quia non ademptum. I.
Sunt heredes legitimi tam remotiores, quam proximi, bonorumque possessores ab intestato vocati. II.
Item legitimi heredes impuberis a patre heredis instituti. III.
Item omnes, qui alio, quam hereditario iure bona defuncti occupant. IV.
Explicatio L. penult. D. de legat. 1. V.
Alio herede instituto, a legatario non recte relinquitur, præter quam si rogatus fuerit tanquam heres. VI.
Item in hoc secundo genere sunt ii, qui mortis caussa, quid capiunt; & qui nam hi sint. VII.
Item & ii, ad quos iure potestatis commodum legati, relictive pertinet. VIII.

I. Ac de priore genere eorum, a quibus relinqui possit, satis. [1] Alterum genus erat eorum, ad quos morte defuncti quid pervenit: non dum ipsis datur aperte, sed dum eis non adimitur. *d. L*. 1. §. *pen. de leg*. 3. Quod enim testator bis adimere potuit, si non fecit, dedisse videtur, dum patitur apud eos manere. Similiter ut si rem a me tibi commodatam, aut depositam patiar, apud te esse ex ea caussa, ex qua tua esse potest, tuam efficio. *L. qua ratione*. §. *interdum*. *D. de acquir. rer. domin*. In hoc numero sunt legitimi heredes defuncti eius, qui legat; itemque bonorum possessores, qui ab intestato vocantur ad eius hereditatem. Sunt & legitimi heredes impuberis; hoc amplius & si qui sunt, qui alio, quam hereditario iure, bona defuncti occupant; præterea qui mortis caussa capiunt; postremo ii, ad quos iure potestatis commodum legati, relictive pertinet.

II. In primis heredes legitimi. Ita est: conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima hereditas, vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum dare. Nec inter-

1) Vid. Duaren. *ad L*. 11. *de leg*. 1. Ang. Matthæus *Lib*. 1. *Epit. Leg. C*. 2. *n*. 5.

intereſt [2] proximus ſit heres, an inferior; natus, an poſtea naſciturus. *L. ſi fundum*. 92. *§. ult. de leg.* 1. *L.* 1. *§. pen. de leg.* 3. Quippe potuit teſtator hereditatem his adimere alium heredem ſibi inſtituendo. Nam & ſibi potuit alium heredem inſtituere, & quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur. *L. quamdiu*. 39. *L. in plurium*. 70. *D. de acq. her.*.

III. Ab eo quoque, ad quem impuberis filii legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio perventura eſt, pater fideicommiſſum recte dabit, dum & filius impubes moriatur, & pater impuberem non exheredarit. *d. L. ſi fundum*. 92. *L. plane*. 94. *in pr. de leg.* 1. Eadem plane ratione, qua ſuperius, quia pater filio impuberi, quem in poteſtate habet, alium heredem, quam legitimum ſubſtituere potuit, eoque & hereditatem, eamque ſuam dediſſe videtur. Hoc ipſo, quod alium heredem non dedit: dummodo tamen, ut dixi, filium non exheredarit. Nam ab exheredati ſubſtituto nihil relinqui poſſe ſupra diximus.

IV. Sed & ab omnibus, ad quos bona defuncti alio, quam hereditario iure perventura ſunt, fideicommiſſum relinqui poteſt. Ut a fiſco, ſi quis decedens ſciat bona ſua ad eum perventura tanquam vacantia; potuit enim defunctus efficere, ne bona vacarent, aliquos heredes inſtituendo, & his alios ſubſtituendo. *L. filiusfamilias*. 114. *§. qui inteſtato*. *D. de leg.* 1. Ut a patre, a quo filiusfamilias miles, vel veteranus inteſtatus decedens quid relinquat, quoniam & hic alium heredem in bonis caſtrenſibus inſtituere potuit. *ead. L. filiusfamilias*. 114. *in pr.*

V. Sane hoc loco an a poſtumo alieno, puta fratris filio poſtumo legitimo nobis herede futuro, fideicommiſſum relinqui poſſit, veteribus quæſitum eſt. Et extat de hac re Pauli reſponſum paulo obſcurius in *L. penult. D. de leg.* 1. in hæc verba: *a fratris poſtumo fideicommiſſum dari poteſt. Sola enim voluntas ſervatur in fideicommiſſis. Et obtinuit Galli ſententia, alienos quoque poſtumos legitimos nobis heredes fieri*. Quid valeant hæ rationes ad id efficiendum, quod propoſuit, non ſolum non intelligetur, ſed etiam videbuntur ad id plane ineptæ, & inutiles, niſi intelligemus, in his non directam confirmationem verſari, ſed occupationem, & refutationem eſſe eorum, quæ contra obiici poſſe videbantur. Ea autem erant duo. Primum quod poſtumo alieno olim legari non potuit. *§. poſtumo. Inſt. de leg.* Sic enim conſentaneum videbatur, ut nec ab eo poſſet legari. Nam ab eo legare poſſumus, cui & ipſi legare poſſumus. *L. ab eo. C. de fid.* Alterum illud, quod cum patruus a fratris poſtumo fideicommiſſum relinquit, tacite vult, eum poſtumum ſibi heredem fieri; quia cum ei nihil aliunde relinquat, niſi ipſe patruo heres eſſet, nihil poſſet patruus ab eo relinquere. *L.* 6. *§. ultim. D. de leg.* 3. Iam vero, ut olim ius fuit, poſtumus alienus non potuit heres inſtitui. *d. §. poſtumo. Inſtitut. de leg.* Quo effici videbatur, ut nec ab eo, tanquam herede noſtro, poſſet relinqui. Has ergo obiectiones Paulus ita removet, Poſtumo alieno, ut fratris filio, legari nihil poteſt. Eſto, nihil poſſit legari. At ei fideicommiſſum relinqui poteſt: quoniam in legatis ſubtilitas iuris: in fideicommiſſis ſola voluntas defuncti ſervatur. Quod autem dicitur, dum patruus a fratris filio relinquit, videri, patruum velle, eum poſtumum ſibi heredem eſſe, ſane veriſſimum eſt. Neque ideo quidquam prohibet, quominus ab eo tanquam patrui herede fideicommiſſum relinqui poſſit. Poſtumi enim alieni inſtitui a nobis heredes non poſſunt;

2) Non tamen alii, quam qui rogati. Nec fideicommiſſum a primo gradu legitimorum relictum, præſtari neceſſe eſt ab inferiore gradu, ſi ad eum devoluta ſit ſucceſſio. Unde ſi frater venturus ab inteſtato, fideicommiſſo in codicillis gravatus ſit, & is repudiando locum faciat ulteriori, non debetur fideicommiſſum *L.* 1. *§.* 1. *pen. de leg.* 3. ubi negativa hæc lectio veriſſima, & certiſſima. Et non poteſt non diſplicere correctio Fab. 4. *Conject.* 15. negationem expungentis. Imo negatio ſi abeſſet vel ultro accerſenda, & inferenda foret. Quomodo enim tenebitur fideicommiſſo, qui, non rogatus, a quo nihil relictum, immo cuius forte nulla mentio in ultima voluntate, & de quo ne cogitavit quidem teſtator, cum fideicommitteret? Ac licet largiremur Fabro, quod & hic verum ſit, poſſe videri dediſſe huic teſtatorem, cui non ademit, cum poſſet: hoc tamen neutiquam verum poſſe videri teſtatorem & hunc fideicommiſſo oneraſſe, quem nec verbis rogavit, nec etiam de eo onerando cogitavit, eum veriſimiliter ſibi ſucceſſurum non putaverit. Ac vel ſatis Faber refellitur, ea a ſe adducta *L. pen. D. de iur. Codicil.* ubi ſimiliter poſtumus non debet legata, quia eum non ſperaverat pater, nec poterat videri onerare eum voluiſſe, de quo nihil cogitaverit. Obiicit Faber verba *d. § pen. ita Imp. reſcripſit*. Non tale, inquit, reſcriptum extat, ſed contra: Repetita cenſeri a ſubſtituto quæ relicta ab inſtituto *L.* 74. *de leg.* 1. Nec ratio diverſitatis, cur a ſubſtituto debeatur, a legitimo inferioris gradus non item. Reſp. Immo maxima. Subſtitutus habet hereditatem ex iudicio defuncti aperto, eumque is cogitavit, poſſe ſibi ſuccedere; Ideo enim ſubſtituit. At legitimo inferioris gradus obvenit hereditas non ex iudicio teſtatoris, ſed ex repudiatione proximioris. Obiicit Faber Conſtitutionem illam tractam eſſe ad cauſſam inteſtati *L.* 61. *§.* 1. *de leg.* 2. Reſp. *d. §.* 1. loquitur de accreſcente portione coheredis legitimi, qui in eodem gradu conſtitutus, cuique ideo æque ex iudicio defuncti tacito hereditas obvenit. Denique merito mirandum, Fabrum hunc legitimum, qui rogatus non eſt, fideicommiſſo obſtringi velle, cum tamen idem alibi ne ex apertiſſimis quidem coniecturis, nec ſine conſuetis fideicommiſſorum verbis unquam ea induci, licet falſo, contendat. Vid. Not. *ſupr. C.* 2. *ſupr. N.* 2.

sunt; 3 at legitimi nobis heredes fieri possunt. Id quod in proposito solum agitur. Hæc breviter, quod necesse esse videbatur ad enodandum Pauli sententiam. Hodie quæstio est supervacua. Nam & postumi alieni heredes institui possunt, & his recte legari, ut est constitutum. *§. postumo. §. postumus. Inst. de leg. Inst. de bon. pos. in pr.*

VI. Quod tamen dicitur ab herede legitimo fideicommissum relinqui posse, sic accipiendum est, nisi testator alio herede instituto, relinquat ab herede legitimo, quem testamento præterierit. Hic placet, fideicommissum esse inutile. *L. 2. D. de leg. 3.* Et quidem ita, ut quanvis casu factum sit postea, ut herede instituto deficiente, res rediret ad legitimum illum heredem, tamen nihilo magis fideicommissum ab eo debeatur; quia, ut est in *L. 6. §. ult. D. eod.* qui fortuito, & non iudicio testatoris consequitur hereditatem, non debet onerari. Denique qui alio herede instituto, legitimum heredem præterit, tantum abest, ut legitimo quidquam dare voluerit, ut alium heredem instituendo id egerit, quo ei hereditatem adimeret. Neque vero recipiendum est, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges, ut adiicitur in *d. L. 6. §. ult. de leg. 3.* Sed hæc ita sunt, si quis alio herede instituto, heredem legitimum nomine suo appellans roget, ut det. Diversum est, si roget ut heredem legitimum, aut in hunc casum, si sibi legitimus heres erit. Idque vel specialiter, vel generaliter hoc modo: Quisquis mihi heres erit, Titio centum dato. *L. ea quam. C. de fideic.* Nam hoc modo legitimus heres rogatur tanquam heres, & in hunc casum, si hereditas defuncti ad eum pervenerit. Quod & ipsum intelligitur fieri iudicio testatoris, cuius in potestate fuit allos heredes in locum priorum substituendo in infinitum, hereditatem adimere legitimo heredi; ut iam huic hereditatem dedisse videatur, quia consulto non ademerit.

VII. Heredibus legitimis, & his, ad quos quovis iure bona defuncti intestati universa perveniunt, similes sunt, qui mortis caussa quid capiunt, ut quantum hi ex hac caussa capiunt, pariter ab his tantum legari, & per fideicommissum relinqui possit. Mortis caussa capitur, quod alicui conditionis a testatore iniectæ implendæ caussa datur. Utputa institutus quis est, fundus alicui legatus est, servus liber esse iussus est: omnia hæc si heres, legatarius, statu liber decem Titio darent. Si dederint, dicitur, Titius ea mortis caussa cepisse: scilicet quæ tanquam testamento data exigere non potuerit, quia conditio nihil ponit: *L. si quis sub conditione. D. si quis omis. cau. test.* sed tamen, quæ si illi ultro data sint, verum sit, eum per mortis occasionem cepisse. *L. mortis caussa capitur. D. de mor. cau. don.* Hoc ergo dicimus, eum, cui pecunia conditionis implendæ caussa hoc modo data sit, rogari posse, ut eamdem pecuniam alicui restituat, & utile fore fideicommissum: nempe ideo, quia testator conditionem decem dandi exstinguere potuit etiam codicillis, ut sic eam pecuniam adimeret Titio. Quod quia non fecit, videtur eam dedisse, quam non ademit. Hoc Iulianus ad istam sententiam in *L. quidam. 96. §. ult. D. de leg. 1.*

VIII. Postremo ad hoc genus pertinent, quibus iudicio testatoris nihil datum est, sed cum aliis datum esset, dati commodum ad hos iure pertinet. Quo in numero sunt pater, & dominus, cum quid filio, aut servo legatum est, quod patri, aut domino acquiratur. Itaque in hac specie si quod filiofamilias, vel servo alieno legatum, vel si qua hereditas datur, fideicommitti patris vel domini potest. De quo Papinianus disserit in *L. cum filiofamilias. 11. D. de leg. 1.* Qui locus, quia obscurior est, & est cognitu dignissimus, visum est eius explicationem adiicere, sed quam separatim proponam, eoque & in caput a sequenti proximum reiiciam, ne cœpta hoc loco tractatio de iis, a quibus relinqui potest, interrumpatur. Patri quidem, & domino, quos ante diximus, iudicio testatoris nihil datur. *L. qui liberis. §. ult. D. de vulg.* sed ideo videtur dari, quia ipsis non adimitur; cum posset testator filio, aut servo adimendo, efficere, ne res ad patrem, dominumve perveniret.

3) Loquitur enim *d. L. pen.* non de institutione postumi alieni, quasi Gallus eam induxerit, sed de successione ab intestato Duar. *ad L. Gallus 29. præfat. de Lib. & postum. f.* 353. Dissent. Forcat. *Dial.* 8. *n.* 14.

CAP. IX.

A quibus fideicommissum relinqui potest in utroque genere superiorum personarum, ab his quantum relinqui possit. Et si quando placet tantumdem, quomodo sit fideicommissum æstimandum, ut sciri possit, plusne, an minus, vel tantumdem relinquatur.

Nemo supra id, quod accepit, onerari potest. I.
Ab heredibus legari non potest supra dodrantem. II.
Ab aliis vel totum *quod eis relictum, vel* tantumdem. III.
Interdum minus *esse in legato, quam verba relicti ostendant, interdum* plus. IV.
Minus quando. V.
Quando plus; quove modo legatum æstimandum, ut sciatur, plus ne, an minus, vel tantumdem relinquatur. VI.

I. Atque hi sunt, a quibus quid relinqui potest. Quod cum fieri posse dicimus, nondum plena oratione utimur. Relinquitur enim adhuc, quod quæratur, & de quo hic caveri oporteat, quantum ab his relinqui possit; an quidvis, seu quantum libet; an minus: an saltem idipsum totum, quod his datum est, seu tantumdem. Et illud constare debet, si eum cui nihil dedimus, non possumus rogando obligare, *L. 6. D. de leg. 3.* consequens esse, nec [1] supra id, quod cuiquam legatum est, posse eum onerari, cum extra id, nihil sit legatum. *§. 1. Inst. de sing. reb. per fid. rel.*

II. Minus relinqui posse non dubitatur. Sed an potest idipsum totum, vel tantumdem? Et in heredibus testamento scriptis modus legatis præstitutus est, ut non possit legari ab herede supra dodrantem hereditatis. *L. 1. D. ad leg. Falc.*

III. Cæteris quibus quid testamento datum est, qua ratione rogari possunt, quia his quid datum est: eadem facit, ut quantum datum est, eatenus possint rogando obligari, ut vel totum id restituere rogentur, vel tantumdem. Neque hi iuvantur beneficio legis Falcidiæ. Hoc enim proditum est heredibus propter onera hereditaria: ad legatarios vel fideicommissarios, quos ea onera non attingunt, non pertinet, *L. lex Falcidia, 47. §. ult. D. ad leg. Falc.*

IV. Quæ res hoc loco sæpe occasionem præbet quærendi, quantum sit in legato: dum hoc non satis certum est, & tamen prius constitui oportet, ut hoc ipsum sciatur, ampliusne aliquid, eoque & frustra; an vero tantumdem, & minus, eoque etiam utiliter a legatario, vel fideicommissario relinquatur. Et sciendum est, interdum minus esse in legato, quam verba relicti ostendunt, interdum plus.

V. Minus est, cum aliquid legatum est adiuncto aliquo onere: veluti, cum legatum est sub conditione dandi, puta si legatarius decem Titio daret. Nunquam amplius legatorum nomine ad quemquam pertinere videtur, quam quod deducto eo, quod explendæ conditionis caussa datur, superest. Ideo supra id frustra legabitur. *L. non amplius. 26. in pr. L. civitatibus. 122. §. ult. D. de leg. 1.*

VI. E converso plus est in legato, quam prima fronte verbis significatur, quoties legatarius quid præstare alteri iussus est sub conditione, aut in diem, & ante quam conditio exsisteret, aut dies veniret, fructus percepit ex re sibi legata. Placet enim hoc casu, in legato numerari non tantum rem ei legatam, sed [2] & fructus intermedii temporis, quibus auctus est. Finge, fundum legatum, & fructus ab eo perceptos ad centum aureos. In legato erunt & fructus, & centum. Atque eousque ab eo relinqui potest. *L. Imperator. 70. §. ult. D. de leg. 2. L. filiusfamilias. 114. §. apud. D. de leg. 1.* Similiter & si, centum legatis, legatarius amplius restituere rogatus sit post tempus, etiam usurarum medio tempore perceptarum additamentum admittetur, ait Papinianus in *d. L. Imperator. 70. §. 1. de leg. 2.* Sed adiicit ibidem, hæc ita esse, si pecunia conferatur cum re. Ut puta, pecunia accepta, rogatus est legatarius, rem propriam

1) *L. 114. §. 3. in fi. de leg. 1. L. 1. §. 17. ad Treb. & simil.* vid. Matth. *Lib. 2. Epit. Legat. C. 1. n. 26. & seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 7. A. Fab. 17. *Conj.* 7.

2) Non autem ei imputatur lucrum, sed deducitur, quod ex sua industria fecit vel collegit *d. L. 70. §. 1.* ut si rem pluris vendidit *L. 3. ad L. Falc.* P. Greg. *d. C. 28. n. 7.*

priam quanquam maioris pretii restituere. Putat Papinianus restituere cogendum. Ergone supra quam accepit, quod ius prohibet? Minime. Nam testator, legatis centum, si roget fundum restitui, non videtur fundum pluris æstimasse. Itaque erit in potestate legatarii, si hanc æstimationem non probat, legatum repudiare: si agnoscit, 3 videtur & ipse eamdem æstimationem sequi, & in eam se obligare. Redditur hæc ratio in hac ipsa hypothesi in *L. sed si non.* 36. *D. ad leg. Falcid.* Proponit autem Papinianus, legatarium rogatum rem propriam restituere; quia si rogetur præstare rem alienam, 4 non plus quam accepit, cogetur in eo ad redimendum impendere, ut traditur in *d. L. sed si non.* Quippe hic a legatario non tam res aliena relicta est, quam eius rei redemptio; ut sic non iam quantitas cum specie, sed quantitas cum quantitate conferatur. Fingamus e converso, speciem cum pecunia conferri. Dicemus idem, quod supra, pecuniam scilicet a legatario relictam totam deberi, quanvis species ei legata multo minoris fuerit: quasi testator tanti æstimaverit speciem legatam. Ut, si testator fundum legaverit dignum centum aureis, & rogarit legatarium, ut Titio daret ducenta; legatarius fundum agnoscens, fideicommisso se obligabit. Hoc enim eiusdem rationis est; & quod hic quantitas cum quantitate non confertur; & quod testator, ut dixi, multo magis rem a se legatam tanti æstimasse videtur, probatur non obscure in *L. si minor.* 33. *D. de minor.*

3) Et per *L.* 24. §. 12. *de Fideic. lib.* ubi & ratio ea, quia rem alieoam oon æque ut suam legatarius potest pro arbitrio æstimare A. F. *ad L.* 33. *de min.*

4) Ita & A. Fab. 17. *Conj.* 7. Quia specierum, pro temporum varietate, varia æstimatio; sibi imputet legatarius, cur rem non pluris æstimaverit. Et potest aliquando interesse, eius fundum potius habere valentem 100. quam 200. in pecunia. Recte. Sed non debuit idem *in d.* §. 1. *in fin.* pro *si* emendare, *nisi*, quasi ibi tradatur exceptio: nisi omnia emolumenta, etiam aliena a legato. Quæ, eius occasione, consequutus est sua industria, offerat, alioqui enim scribendum fuisse, *etiamsi vel*; *nec si*. Sed hoc non est ferendum, oeque vera est hæc exceptio. Semper enim superiori rationi locus. Nec possunt alia dici, *legatorum nomine*, percepta, quam quæ ex rebus ipsis, non quæ occasione illarum. Neque sic ioconcinna scriptio. Nam in vers. *Non enim*, oon tam confirmat IC. sententiam suam ex æquitate, quæ certe potius iuris rationi innititur, quam reprobat contra sentientes prætextu æquitatis, quam is dicit rationi iuris non adversari; & ideo decisionem licet non sit ex æquitate præter iuris rationem, non tamen æquitati adversari.

C A P. X.

Ad L. cum filiofamilias, 11. D. de leg. 1.

Explicatio L. cum familias, 11. de legat. 1. l. & *seqq.*

I. INitio regula iuris ponitur, quam supra attigi. Est autem huiusmodi. Cum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei patris, vel domini committi potest. Sic enim legendum est, ut in *Pand. Florentinis*, non autem ut in aliis exemplaribus quibusdam, fideicommitti patri vel domino potest. Ut enim legare quid alicui est non ab eo, sed ei legare: sic & fideicommittere alicui est, fideicommissum non ei, sed ab eo relinquere. Papinianus autem hoc sentit, cum filiofamilias vel servo alieno legatum, vel hereditas datur, posse a patre, vel domino fideicommissum relinqui, ut fieri posse declaratur in *L. si alienus*, 62. *D. de leg.* 2. & aliis aliquot locis, quos Accursius citat in glossa. Atqui hoc est fidei patris vel domini committere, si quid fidei eorum committitur, ut dent faciant, id est, si quid ab his relinquitur. Iam de regula ipsa, quam vera sit, & quam rationem habeat, paucis cognoscamus.

II. Et habet regula eam rationem, quam supra posuimus, ut quoniam ab his relinqui potest, non solum quibus dedimus, sed etiam quibus cum adimere possemus, non ademimus; *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3. idcirco relinqui possit a patre dominove, quanvis nihil his dederimus, si modo datum sit filiofamilias, vel domini servo. Sic enim fit, ut his datum, cum per eos acquisitum fuerit, tum deinde per eos patri vel domino acquiratur. *L. placet. D. de acq. her. L. acquiruntur. D. de acq. rer. do.* Quod tale futurum est, ut patri quoque vel domino testator videatur dedisse, quia non ademit. Potuit enim legatum filio, vel servo datum, his adimere, atque ita efficere, 1 ne legatum per eos

1) Et potuit filiofamilias vel servo ita legare, si liber, vel sui iuris factus sit *L.* 19. *Quan. di. Leg.* Duar. *ad h. L.* 11. ubi patrem ex iudicio defuncti venire probat ex *L.* 40. *de her. Inst. L.* 38. *de acq. her. &c.* Ad *L.* 8. §. *ult. de vulg. & similes Tex.* obi negatur ex iudicio venire pater. Resp. Duar. iudicium ibi significare expressam voluntatem, quæ hic non est, adest tamen tacita.

eos ad patrem, vel dominum perveniret. Hinc apparet, quod in persona filiisfamilias generaliter dicitur, dictum hoc esse ex iure vetere, quo placebat, quod per filiumfamilias acquireretur, id acquiri patri, excepto peculio castrensi & quasi castrensi. *d. L. placet. de acq. her. §. 1. Inst. per. quas pers. nob. acq.* Hodie sic accipiemus; si legatum vel hereditas data sint filiofamilias contemplatione patris. Quo casu etiam hodie per filium ista acquirantur patri. De quo dicetur suo loco.

III. Sed nondum satis videtur ad regulam superiorem constituendam quod diximus filiofamilias vel servo datum, videri patri, vel domino datum esse quia ad eos pervenit, & testator dedisse his videtur, quod his eum posset, non ademit. Proponuntur enim alibi exempla de his, quibus, quod aliis datum erat, per interpositam istorum personam acquiritur. De quibus tamen respondetur, ab his relinqui nihil posse; tantum ideo, quia legatum ad eos directo non pervenit, sed per successionem. De quo exstat responsum Scævolæ in *L. ult. in pr. D. de leg. 3.* in hæc verba, *Si pater exheredato filio substituit heredem extraneum, deinde ille extraneus hunc filium heredem instituit, & heres factus intra pubertatem decedat: puto a substituto ei filio* (idest ab eo, qui ei filio substitutus est) *omnino legata præstari non debere; quia non directo, sed per successionem ad filium hereditas patris pervenit.* Hæc Scævola. Congruit *L. qui fundum. 87. §. qui filios. D. ad leg. Falc.* Dicemus, nihil obesse superiori regulæ hoc exemplum, & si qua sunt similia. Non enim in his responderi ideo nihil posse relinqui ab eo, ad quem res testatoris per interpositam personam pervenit, quia non pervenit directo, verum per personam interpositam alterius: sed ideo non posse relinqui, quia quæ res testatoris ad eum pervenit, non pervenit iudicio, & voluntate testatoris, sed casu. Et res ita habet. Quod enim superiore specie hereditas patris ad filium pervenit, non eo factum est, quia pater in eadem voluntate manserit; cum [2] potuerit accidere, ut quanvis pater substitutionem non revocaret, tamen substitutus non institueret heredem impuberem; sed accidit eo, quod substitutus sua sponte eum instituerit. Quod tamen cum tam non accidere potuerit, quam accidere, merito casu factum dicimus; non voluntate testatoris, qui fortasse nihil tale exspectavit; certe de eo nihil rogavit substitutum. At eum testator legat quid filiofamilias, vel servo alieno: si hi in eadem conditione, & testator in ea voluntate manet, certum sit, legatum ad patrem vel dominum perventurum. Quod eum sciat testator: si in eadem voluntate perseverat, negari non potest, iudicio eius certo fieri, vel legatum ad patrem vel dominum pertineat hoc ipso, quod filio vel servo non ademit.

IV. Hoc de regula superiore initio præfandum fuit, ut, hac bene constituta, procederet, deinceps, quod sequitur. Postquam igitur [3] filiosfamilias herede instituto, potest a patre, cui per filium hereditas acquiritur, fideicommissum relinqui, tractat Papinianus, utrum hoc fideicommissum ex persona patris rogati vires capiat, an ex persona filii instituti, qui rogatus non est. Quod tantumdem valet, atque si quæreretur, utrum fideicommissum valeat, & præstetur tanquam ex persona patris, an vero tanquam ex persona filii. Id enim significat Papinianus, cum subiicit, patrem in hoc fideicommisso ex sua persona teneri. Quod & ipsum si est obscurius, sciamus, eodem interprete Papiniano utrumque hanc significationem habere, quasi quæreretur, utrum pater quasi pater ex persona sua teneatur, ut qui ex persona sua non sit heres; an vero teneatur quasi heres, ut qui sit heres saltem ex persona filii. Respondet Papinianus ex hac distinctione. Ut si pater rogatus sit restituere extraneo fideicommissum vires capiat ex persona filii, non patris; & quod idem est, fideicommissum pater præstet ex persona filii heredis, non sua quasi pater. Sin rogatus sit pater restituere filio, idest, ei per quem patri commodum hereditatis acquiritur: tum fidei-

2) Ita & Cuiac. 2. *Obs.* 32. Cum quo tamen nolim in *d. L. ult. pr.* deleta vocula, *substituit*, legere, *instituit*. ut nec cum A. Fab. 70. *Error. Pragmat.* 8. voculam, *substituit* expungere. Neque tamen ideo cum Accursio dico, patrem dedisse filio exheredato duos substitutos, quod commentitium esse recte Cuiac. Verum hoc puto, quæri ibidem non an legata sint præstanda a substituto filii, qui in specie *d. L. ult. pr.* nullus exstitit. Proponitur enim substitutum ante filium decessisse, & filium substituto sibi a patre dato heredem ex institutione illius effectum; Sed an legata a patre testatore ab instituto, qui idem filio substitutus scriptus, relicta in secundis tabulis (Nam quæ in primis tabulis ab eo tanquam instituto reliquit, ea, hereditate adita, tanquam onera eius necesse est, si nondum præstita fuerint, moriente, ad quemvis illius successorem transire) debeat præstare filius exheredatus, &c.

3) An relicta filiofamilias hereditate, pater vere heres an filius, quærit Duar. *ad h. L.* 11. *f.* 500. ubi, relatis argumentis utriusque partis, definit, subtilitate neutrum esse heredem: nec patrem, quia non scriptus, nec filium, quia sibi non acquirit per *§. ul. I. de her. qual.* Hot. 1. *Amic.* 22. patrem, cui per filium acquiritur hereditas, vere non esse heredem, (quia institutio facit heredem, non emolumentum) *L. 44. de cond. & dem.* sed cum adiuncto dici heredem per filium *L. 62. de leg. 2. L. 8. §. ult. de vulg.*

fideicommissum contra vires capiat ex persona ipsius patris, idest, id fideicommissum praestet pater non iam tanquam heres, sed 4 tanquam pater. Itaque in illis verbis, quae sunt in principio, *ac tunc demum ex persona ipsorum*: hoc verbum, *ipsorum*, ad personas patris, & domini, qui proxime appellati erant, referri debet, non ad personas filii, & servi, quae verba, ut initio posita, absunt longius.

V. Sed quorsum, dicat aliquis, hoc quaeri, utrum pater in proposito fideicommissum restituat, tanquam pater, aut tanquam heres, aut quem effectum id habet? Declarat statim Papinianus, cum ita subiicit: denique Iulianus non in subtili ratione motus patrem, cuius filius heres institutus est, extero quidem, habita ratione legis Falcidiae restituere hereditatem respondit; quoniam ex persona filii teneretur. Ipsi vero filio non admissa Falcidia, quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset. Ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videtur. Haec Papinianus. Quibus verbis, & superioris definitionis usum ostendit, & distinctionis ea comprehensae rationem explicat.

VI. Usus, quem dixi, per se patet. Distinctionis ratio non ita est expedita. Quamobrem & nobis explicanda est. Cur enim pater extero restituere hereditatem iussus, retinet quartam ex lege Falcidia, idest ex senatusconsulto Trebelliano, quod quartam hanc ad exemplum legis Falcidiae induxit? *§. sed quia heredis. Inst. de fid. her.* retinet autem ideo, quia pater ex persona filii tenetur? Eo fit, quia qui tenetur ex persona filii, is re ipsa, & iure ipso est heres. Sic enim filius exsistit heres, ut hereditatem statim acquirat patri. *L. placet. D. de acq. her.* Quae acquisitio per filium contingens, simul patrem per filium, heredem facit. *L. qui liberis. 8. §. ult. D. de vulg. & pup. subst.* Iam vero quartam de legatis, & fideicommissaria hereditate ex lege Falcidia, & senatusconsulto Trebelliano retinere potest heres, & is solus. *L. 1. in pr. ad leg. Fal. §. 1. & §. sed quia. Inst. de fid. her.* Merito igitur & patri heredi facto haec retentio ex lege dabitur. At cur hoc mutamus, cum pater rogatus est restituere filio, dicimusque patrem in hac restitutione Falcidia non usurum, seu quartam ex lege Falcidia non retenturum, quia iam pater ex persona sua rogatus, intelligatur tanquam pater, non ex persona filii tanquam heres? Etenim cum sit idem pater, & is, qui utroque casu hereditatem per filium quaesitam habeat; cur illic habeatur heres; hic contra veritatem naturae non habeatur? Id Papinianus sic explicare videtur. Innuit enim eo fieri, quia cum pater rogatus est filio hereditatem restituere, quam per eum quaesiverat, necesse sit patrem ex hac caussa filio obligari aut ex persona filii, aut sua. Atqui ex persona filii obligari non posse Papinianus pro certo sumit. Et recte; prius enim fuisset, ut filius sibi ipsi obligaretur, quam ut pater ex persona eius eidem obligaretur. Nemo autem sibi ipsi obligari potest; nemo sibi ipsi esse creditor, & debitor. *L. Stichum. §. aditio. D. de solut.* Quo fit, ut in proposito pater ex persona filii non obligetur. Relinquitur igitur, ut obligetur ex persona tantum sua, eoque tanquam pater, non tanquam ex persona filii heres. Quo posito, iam illud consequens est, de quo quaerebatur, patrem hoc casu quartam de hereditate non detracturum; quia ut ex lege Falcidia de legatis, ita ex senatusconsulto Trebelliano de fideicommisso hereditatis quartam retinet solus, qui est heres, ut ante dixi. *L. 1. D. ad leg. Falc. §. sed quia heredes. Inst. de fid. her.*

VII. In his tria sunt, de quibus possit dubitari, quae breviter expedire conabor. Ait Papinianus, cum hereditas per filium patri quaesita est, aut per servum domino, & pater, dominusve rogatus est restituere extraneo; fideicommissum vires capere ex persona filii, & servi. Negari videtur in *L. si alienus. 62. D. de leg. 2.* Ubi si servus heres institutus iussu domini non adeat, sed adeat manumissus, respondetur, servum fideicommisso, quod a domino relictum erat, non teneri. Si non tenetur, fideicommissum utique ex eius servi persona non consistit. Sed Papinianus de filio, & servo adeunte, & hereditatem patri, dominove acquirente loquitur: quo tempore ut hereditas acquiritur patri vel domino, ita & fideicommissum ab his relictum valet: ut tum merito quaeratur, ex cuius persona vires capiat. Filio autem, vel servo hereditatem patri, vel domino non acquirente, non potest dici fideicommissum a patre, vel domino relictum, ex huius, aut illius persona

4) Tanquam quilibet alius, ad quem ex defuncti hereditate commodum pervenit, qui fideicommisso onerari potest, quartam autem non detrahit Hot. 1. *Amic.* 22. Non tum sustinet personam filii, ut heredis loco omnia gerat, sed eius, qui ratione potestatis relicti filio emolumentum sibi acquirit, Robert. 2. *Sent.* 8.

ſona vires capere, cum fideicommiſſum non conſtiterit.

VIII. Ait deinde Papinianus, patrem reſtituere iuſſum filio hereditatem, quam per filium quæſierit, ipſi reſtituere debere non admiſſa Falcidia. At filiofamilias a patre reſtitui non poteſt hereditas; quoniam reſtituta, ſtatim rurſum acquiretur patri. *L. placet. D. de acq. her.* [5] Sed intelligendum eſt, recte reſtitui hereditatem filio, non utique tunc, cum in poteſtate eſt: ſed tunc, cum ſui iuris eſſe cœperit, morte patris, vel emancipatione, ut huiuſmodi fideicommiſſum in id tempus dilatum intelligatur, quo fideicommiſſarius capere poterit. *L. ubi* 19. *D. ad Treb.* Nihil quidem de eo exprimit Papinianus; ſed ſatis ſignificat, cum fideicommiſſum reſtitui dicit. Reſtitutio enim utilis accipienda eſt, quia inutilis non ſit reſtitutio; & ſemper verba eum effectu accipienda ſunt. *L.* 1. *in fi. D. quod quiſ. iur. L.* 5. §. 1. *D. ne quis eum, qui in ius voc. eſt, vi exi.*

IX. Poſtremo ait, patrem filio reſtituere iuſſum, non ut heredem, ſed ut patrem rogari videri. Atqui patrem, quæſita ei per filium hereditate, ſemper heredem eſſe conſtat. Heres nominatur in *L. qui liberis*. 8. §. 1. *D. de vulg. L.* 2. *L.* 3. *D. de her. pet.* Quidni? is enim heres eſt, qui hereditatem obtinet, ſeu qui hereditatis eſt dominus. *L. his verbis*. 48. *D. de her. inſt.* Pater autem, quæſita per filium hereditate, hereditatem ſolus obtinet, ut ei ea ſtatim acquiratur. *d. L. placet. de acq. her.* Et obſervandum eſt, Papinianum non negare, patrem hunc vere eſſe heredem; ſed hoc dicere, non ut heredem rogatum videri. Quo ſignificat, ita eum iure eſſe heredem, ut tamen teſtator nolit eum in hac ſpecie pro herede haberi ad hoc, ut Falcidiam tanquam heres retineat. Voluntas teſtatoris inde intelligitur, quod non potuerit in hac reſtitutione obligari filio ex perſona filii, eiuſdemque heredis, ut ſupra oſtendi. Ex quo relinquitur, ut ei obligetur dumtaxat ex perſona ſua, id eſt, tanquam pater.

X. His ad extremum Papinianus conſequens eſſe ait, ut ſi filio rogatus ſit pater poſt mortem ſuam, quod ad ſe pervenit ex hereditate, vel legato filio relictis reſtituere, iſque vivo patre decedat, omnimodo pater id ſit retenturus; quoniam fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit. Quod ait, patrem hoc caſu, quod ad ſe pervenit, retenturum, dubitationem non habet. Rogatus enim poſt mortem ſuam reſtituere, intelligitur rogatus reſtituere, cum deceſſerit; proinde ſub conditione, ſi deceſſerit. *L. heres meus*: 79. §. 1. Certi autem iuris eſt, ſi fideicommiſſarius, qualis fuit in hac ſpecie filius, pendente conditione deceſſerit, eum ad heredem ſuum nihil transferre; atque adeo intercidere legatum. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced. L. intercidit*. 59. *D. de cond. & dem.* Quod ſi ita eſt, neceſſe eſt, rem hereditariam, aut hereditatem ipſam, quæ per fideicommiſſum non fuit heredi adempta, perpetuo apud heredem manere.

XI. At illud habet dubitationem, quod Papinianus ait, ideo patrem in propoſito legatum, aut hereditatem retenturum, quia fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit. Minime vero, dicet aliquis, hæc iſtius retentionis ratio eſt. Nam etſi rogatus eſſet pater reſtituere hereditatem [6] extraneo eadem conditione, id eſt, poſt mortem ſuam, & extraneus vivo patre deceſſiſſet, tamen eodem modo pater hereditatem retineret; neque quidquam deberetur extraneis heredibus, quia fideicommiſſarius, pendente conditione, deceſſiſſet. *d. L. heres meus*. 79. *de cond. & dem.* Atqui, cum pater rogatur reſtituere extraneo, fideicommiſſum vires non capit ex perſona eius, ſed ex perſona filii, ut ante aliquoties diximus. Certum igitur argumentum, hoc eſt, non ideo in propoſito iſtam retentionem patri concedi, quia ex perſona ſua pater obligetur, ſeu quia ex perſona eius fideicommiſſum vires acceperit.

XII. Et hoc in extranei fideicommiſſarii perſona ita ſe habere fatendum eſt. Diverſum, ſi pater rogetur poſt mortem ſuam

5) Ita & Cont. 1. *Diſp.* 1. late Duar. *ad h. L.* 11. *f.* 497. *& ſeq.* Sed hanc conditionem in fideicommiſſo filiofamilias relicto a patre præſtando, non debere ſubintelligi contendit Vacon. 4. *Decl.* 57. ſentiens, eo caſu filiumfamilias eſſe acquiſitionis capacem, & ponit duas regulas. (1) Quicquid filius ab alio acquirit, acquirit patri. (2) Quicquid filius ab ipſo patre acquirit, illi non re acquirit (ut loquitur.) Sed hæc ſatis confutantur ex peculii profectitii conditionibus, & ut ſomnia exploduntur a Duareno *ad h. L.* 11. *f.* 497.

6) Cuiacius 10. *Obſ.* 38. in legato quidem convenire filium cum extraneo, ſi videlicet legatum filio, rogetur pater, cui per eum quæſitum eſt, reſtituere poſt mortem. Sive enim filio ipſi, ſive extraneo, moriente interim, fideicommiſſum remanere apud patrem, quia neutro caſu debuit ut heres (cum nec filius per quem obvenit ſit heres) ſed uno, ut pater, altero, ut legatarius. In hereditate autem diſcrepare. Herede inſtituto filiofamilias ſi pater rogetur poſt mortem hereditatem reſtituere extraneo, eo interim moriente, fideicommiſſum quaſi caducum redigi in fiſcum. Contra ſi filio ipſi; eo moriente, id patrem retinere. Ratio differentiæ: Huic debet ut pater, illi ut heres. Onus autem caduci tantum irrogatur heredi. Et Cuiac. laudat Fachin. 5. *Contr.* 56. Aliter Robert. 4. *Sent.* 8. Cont. 1. *Diſp.* 1. Govean. 2. *Var. Lect.* 32.

suam filio suo restituere. Tum si filius vivo patre moriatur, non ob aliam caussam dici potest pater hoc casu hereditatem retinere, quam quod ex persona sua rogatus intelligitur. Nam si pater in proposito ex persona filii obligatus intelligeretur, sic acciperetur fideicommissum, quasi id relictum esset pure, eius autem solutio, seu acceptio dilata esset in diem mortis, seu in eius temporis conditionem. Filius enim ex persona sua pure institutus est, pure hereditatem accepit; solutio, seu restitutio hereditatis in diem mortis paternæ dilata. Quoties autem pure quid relictum est, & solutioni tantum dies incertus, aut conditio iniuncta: placet, relictum non esse conditionale, sed tale, quod dilationem tantum habeat. *L. ex his. C. quan. di. leg. ced.* Id quod si in proposito admitteremus, dicendum esset, quanvis filius vivo patre decederet, tamen patrem hereditatem non retenturum, sed fideicommissum heredibus filii debiturum, quia filius, die fideicommissi cedente, decessisset. *d. L. ex his, C. quand. di. leg. ced.* Quod cum hic contra fieri dicamus, omnino retentionis illius paternæ caussa esse non potest, quod pater rogatus sit fideicommissum restituere ex persona filii. Ex quo relinquitur, ut hæc caussa sit, quod rogatus sit ex persona sua. Atque hoc posito recte defenditur, fideicommissum esse conditionale, eoque & filio pendente conditione mortuo, legatum intercidere, & rem a patre retineri.

XIII. Nunc rem totam, & sententiam responsi in pauca conferam. Si pater, cuius filius erat ab alio institutus, rogatus sit hereditatem sibi per filium quæsitam restituere extraneo: pater fideicommissum ex persona filii heredis debere intelligetur. Ex quo duo efficiuntur.

XIV. Primum, ut quo iure uteretur filius heres in hereditate restituenda, si ipse rogatus esset, eodem iure & nunc utatur pater in ea restitutione, qui filii heredis personam sustinet. Retineret autem filius heres quartam ex lege Falcidia, & senatusconsulto Trebelliano. Quare & in hac specie pater retinebit.

XV. Alterum est, ut si pater, qui rogatus erat, hereditatem per filium non quæsierit, sed filio emancipato quæsita sit: filius nihilominus obligetur fideicommisso, quanvis ipse rogatus non sit, sed pater. Quia scilicet pater non quasi pater, sed quasi heres rogatus sit; ut sub persona eius & filius vere heres rogatus intelligatur. Quod si pater rogatus sit restituere hereditatem ipsi filio: tum fideicommissum valebit ex persona patris, non filii, fideicommisso pater tenebitur ex persona sua, non filii. Ex quo rursum effectus duplex.

XVI. Prior hic, ut cum tanquam heres non teneatur, nec in eo utatur iure heredis, eoque nec quartam ex fideicommisso retineat.

XVII. Alter, ut si pater rogatus sit post mortem suam filio restituere, & filius ante decesserit, pater hereditatem retineat. Quod futurum non erat, si quasi ex persona filii fideicommissum valeret. Tum enim, quasi ex persona filii rogatus esset, videretur, hereditas prius pure data, deinde restitutio delata in diem mortis patris. Cuiusmodi dilatio non iniicit conditionem fideicommisso. Cui consequens est, ut quandocumque filius decedat, fideicommissum mortuo patre debeatur filii heredibus; quia, die fideicommissi cedente, filius decesserit. Quod ita dicimus, si quidem filius heredem habebit. Quod ita fieri potest, si filius a patre emancipetur, aut aliter e potestate exeat, ac deinde decedat. Alioqui, filiofamilias mortuo, æque pater hereditatem retineret, eum filiifamilias bona pater tanquam peculium occupet. *L. 2. D. de cas. pec.* Nisi filius habeat liberos. Hos enim ad successionem legitimam patris, quanvis filiifamilias admittit, & quidem solos. *Novel. de her. ab int. veni.* §. 11. 8. §. 1.



C A P. XI.

Quæ res dari legari possint.

I. Constat legatum personis. Constat & re, quam præstari oporteat. Dixi de personis, in quibus recte consistat. Nunc dicam ordine de rebus, quæ recte dentur, legentur, ut ab his quoque consistat sive legatum, sive fideicommissum, quod servari oporteat.

II. *Rem* nunc voco generaliter, quidquid est, quod defunctus hic præstari voluit.

III. Cuiusmodi rerum genera duo sunt: *res*, quæ proprie, & specialiter ita dicuntur, & *facta*.

IV.

IV. Res, quæ legantur tum corporales, tum incorporales.

V. Facta, quæ testator fieri iubet in alterius gratiam, genera eadem, quæ & in stipulationem deduci dicuntur in §. *ult. Inst. de ver. obl.* Ac de his distincte dicemus.

VI. Rerum, quæ legari possint, hæc summa descriptio est, ut possint legari, quæ [1] natura parari possint; quas easdem alienari ius non prohibeat, simul quæ legatæ, utilitatem aliquam legatario adferant. Horum unum aliquod si desit, res in ea caussa est, ut frustra legetur. Ergo earum rerum, quæ legari, fideivecommitti non possunt, tres sunt ordines. Primus earum, quæ natura parari non possunt. Secundus earum, quas ius alienari prohibet. Tertius earum, quæ legatario sint inutiles. De quibus ordine videamus.

VII. Primus ordo eas res continet, quæ in rerum natura non sunt, nec esse possunt, ut nec si velimus, & ius concedat, haberi possint: veluti si legetur bos, vel Stichus, qui mortui sint, aut [2] Hippocentaurus, qui esse non possit. Earum quidem rerum stipulationem inutilem esse placet. *Inst. de inut. stip. in pr.* Et placet ideo, quia res huiusmodi dari non possunt; impossibilium autem nulla obligatio est. *L. liber.* 103. *D. de ver. obl. L. impossibilium. D. de reg. iur.* Sit igitur eadem ratione & istarum rerum legatum inutile, in quo & hoc ipsum agitur, ut quod legatum est, detur. Et vero id ita est. Exemplo est ususfructus, quem quis cum haberet, eum legavit. De quo respondetur, nisi is, qui legavit, postea proprietatem fundi nactus sit, inutile esse legatum. *L. quod in rerum.* 24. *§. 1. D. de leg.* 1. Cur ergo inutile? quia moriente testatore, ususfructus hic esse desinit. Morte enim fructuarii finitur ususfructus. *L.* 3. *§. ult. D. quib. mod. ususf. amit.*

VIII. Dixi, res, quæ in rerum natura non sunt, nec esse possunt; quia quod in rerum natura adhuc non sit, futurum tamen sit, legari potest: veluti, [3] si partus futuræ ancillæ, si vinum, si fœtus pecorum, qui postea natus esset, legata fuerint, *d. L. quod in rerum.* 24. *in pr. de leg.* 1. *§. ea quoque Inst. de lega.*

IX. In secundo ordine sunt genera rerum duo. Unum earum, quarum iure commercium non est. Alterum earum (quæ paucæ sunt) quæ, cum sint in commercio, propriis quibusdam de caussis legari prohibentur.

X. Prioris generis sunt res divini iuris, sacræ, religiosæ, sanctæ, ex rebus humani iuris res publicæ, item res principis. Quas omnes ideo inutiliter legari traditur, quia earum commercium non sit, cum distrahi non soleant. Hæc pœne totidem verbis in *L. cum servus.* 39. *§. ult. D. de leg.* 1. Ex quibus intelligitur, ideo dici istarum rerum commercium non esse, quia neque emi, neque vendi possunt. Et recte: est enim commercium emendi vendendique invicem ius, auctore Ulpiano in *fragmentis Institutionum Tit. de dominiis & acquisitionibus rerum.*

XI. Has res cum legari non posse dicimus, non hoc significatur tantum, ipsas res præstari non debere, quod dubitationem non habet: sed & illud, legatum scilicet in ea caussa esse, ut [4] nec debeatur rerum æstimatio. *d. L. cum servus. §. ult. de leg.* 1. *§. non solum. Instit. de leg.* Id enim accidere necesse est in omni legato, quod sit inutile; unde enim ista æstimationis præstatio; nisi ex legato ad eam saltem præstationem utili.

XII. In hoc ordine de re, quæ sit in potestate hostium, an legari possit, quæsitum est. Et si res nostra apud hostes sit, placet, legari posse, & legatum [5] iure postliminii consistere. *L. id quod.* 9. *L. servus.* 98. *D. de leg.* 1. idest ita valere, si res postliminio redeat, ut, ea reversa, perinde habeatur, quasi nunquam capta esset: quæ vis est, & potestas postliminii. *§. si ab hostibus. Inst. quib. mod. ius pat. pot. sol.* Recte iure postliminii. Nam

1) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 32. Ang. Matthæ. *Lib.* 2. *Epit. Legat.* C. 17.

2) §. 1. *I. de inutil. stip. L.* 97. *pr. de V. O.* ubi vide, quæ de Hippocentauro notat Goth. Reprehendit Coras. 5. *Misc.* 2. Imperatorem in *d.* §. 1. scribentem, Hippocentaurum esse non posse, cum Plin. *Lib.* 7. *C.* 3. se vidisse ex Ægypto allatum, imperante Claudio, scripserit. Sed immo & Cicero & Lucretius fuisse, aut existere posse negant. Goth. *d. loc.* Vid. A. Gentil. *Lect. Virgil. C.* 12. Et esto fuerit, non tamen ita esse potest, ut eius vel stipulatio, vel legatum consistat, uti nec monstrosi fœtus, aut partus, tametsi illos ratione omnis ætas videret.

3) *L. etiam* 17. *de leg.* 3. Cuiusmodi legatum transmissionis purum est *L. conditionis* 99. *de cond. & dem.* ratione præstationis conditionale, quia si nihil nascatur, nihil debetur *L.* 1. §. *ult. d. t.* P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 15.

4) Quid si feudum alicui legatum sit? Nec hic æstimationem deberi conveniens est, P. Greg. 42. *Synt.* 32. Rittersh. *Partit. Feudal. Lib.* 1. *C.* 12. q. 7. Vult. 1. *de Feud. C.* 9. *n.* 72. Fachin. 5. *Cont.* 37. Gail. 2. *Obs.* 154. *n* 13. Diss. post alios Peregrin. *de Fideic. Art.* 11. *n.* 103. *& seq.* Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 29. *n.* 4.

5) Nec tamen hic heres redimere, aut æstimationem solvere tenetur. Testator enim videtur legasse ius quod habet, ita ut si res recepta sit iure postliminii, ex. gr. si servus, ab hostibus aufugiens, redierit, tum præstetur. Duar. *ad d. L.* 9. Rob. 1. *Sent.* 17. interim dum spes est recipiendi vel vi, vel redemptione, vel pactionibus, valere huiusmodi actus, executione tantum in id tempus collata, quo nos recuperavimus. Vid. & Arumæ. *ex Instin.* 9. *Th.* 4.

Nam alioqni præsente statu rei inspecto, non fuit eius rei, quæ apud hostes est, commercium; non enim est commercium cum hostibns.

XIII. Quod si res plane hostinm est, in quam ius postliminii non cadit, habet hæc species plus difficultatis, quæ ea re maxime augetur, quod de eo contraria responsa videri possunt nostrorum. Nam in *L. liber.* 103. *D. de verb. oblig.* traditur, fundum hostium in stipulatum deduci non posse, quia nec dari possit, nec eius æstimatio præstari. Quæ ratio valet & in legato, atque hoc efficit, ut nec possit idem fundus legari. *d. L. eum servus* 39. *§. ult. de leg.* 1. Rursum contra in *L. ab omnibus.* 104. *§. etiam. D. eod.* ita scriptum est: *etiam rem hostium posse legari, Sabinus ait, si aliquo casu emi possit.* Sed non sunt hæc contraria; quin potius ex his ipsis locis sic haberi debet: Si res hostium immobilis est, ut fundus; quia loco moveri, & ab hostibus ad nos transferri non potest, inutiliter legatur; quoniam neque apud hostes cum illis commercium est, nec potest res ab illis ad nos transire, ut a nobis possideatur. Quod si res eiusmodi sint, quæ [6] ab hostibus ad nos transferri possint, ut merces exteræ, & cum translatæ erunt, sit earum emendarum copia, legari possunt; quia tum incipit earum esse commercium, ex quo & parari possunt: quæ duæ sunt notæ, ex quibus intelligitur, rem legari posse. *d. L. cum servus. §. ult.* Ac de his rebus definitio est illa *L. ab omnibus. §. etiam, de leg.* 1.

XIV. Sed dicta sunt hæc de re, cuius in totum commercium non est. Quid, si ita sit interdictum rei commercium, ut sit interdictum alteri tantum vel heredi, vel legatario? Finge Christianum mancipium, cuius commercium interdictum est Iudæis. *C. ne man. Christ.* aut ab herede Iudæo legatum esse homini Christiano, ant a Christiano legatum Iudæo. Etiamne hic inutile legatum erit? Immo hæc distinctio in hac re servatur, ut si quidem heres commercium rei non habeat, is sit obligatus, vel in rem ipsam, si hæc in bonis testatoris fuerit; vel si non est, in eius æstimationem. Sin legatarius, nihil ei debeatur: exstat distinctio in *L. bove.* 49. *§. Labeo. D. de leg.* 2. Servatur eadem in stipulationibus, cum si quis unus ex contrahentibus rei promissæ commercium non habet, si quidem stipulator, cui præstandum est, placet, inutilem esse stipulationem; si promissor, utilem, ut ei interdictio noceat, non stipulatori. Exstat in *L. multum.* 34. *D. de verb. oblig.* Citantur tamen in re legata loci tanquam contrarii duo, *L. filiusfamilias,* 114. *§. si qnid alicui, D. de leg.* 1. & *L. sed si res,* 40. *eod. tit.* Sed quam nihil haberent contrarii hi loci, ne in re legata qnidem, satis nihi ostendisse, & rem totam expedivisse, videor ad *d. L. multum.* 34. *de verb. oblig.* ubi cum de utriusque loci sententia disseruerim copiosius, illinc peti velim, quod huc pertinere videbitur.

XV. Est, ut dixi, & alterum genus rerum ad secundum hunc ordinem pertinentium, earum videlicet, quæ cum alioqui in commercio sint, tamen quibusdam de caussis legari prohibentur. Huius generis sunt ea, [7] quæ iuncta sunt ædibus. Hæc, inquit Ulpianus, legari non posse senatus censuit Acciola, & Pansa consulibus: *L. cætera.* 41. *in pr. D. de leg.* 1. Eiusdem senatusconsulti mentio est in *L.* 2. *C. de æd. pri.* ubi etiam illud adiicitur, non tantum vetari eo senatusconsulto has res legari, sed etiam aliter a domino eximi negotiandi caussa. Prohibendi ratio, ne ruinis publicus deformetur aspectus, ut est in *d. L.* 2. *C. de æd. pr.*

XVI. Hoc senatusconsultum de his loquitur, quæ iuncta snnt ædibus. Sed ex sententia sic acceptum est, ut pertineat non tantum ad ædes, sed & ad [8] omnia corpora, quæ eamdem rationem prohibitionis in se habent, ut balnea, porticus, tabernas, popinas. *d. L. cætera.* 41. *§. hoc senatusconsultum.* 2. Finis enim ille, & ratio senatusconsulti, quam modo dixi, ad hæc qnoque corpora pertinet.

XVII. Sed loquitur senatusconsultum de his, quæ iuncta sunt. Quo verbo apparet, non contineri ea, qnæ, quanvis sint in ædibus, & parietibus admota, non tamen inhærent parietibus. Sed & ea, quæ ædium caussa testator paravit, & necdum

6) Ita & Rob. 1. *Sent.* 17. quia rerum mobilium nobis cum hostibus commercium esse, vel inde liquet, quod certæ merces specialim excipiuntur, quarum non est, ut armorum, &c. *L. cotem.* 11. *de Publican.* vid. *infr. Lib.* 9. *Cap.* 10. *N.* 22. Hostium autem res soli, & fundi illorum emi non possunt, nec fiunt nostri, etiam occupati, cum bello capti publicentur. *Zas. in d. L.* 9. *de leg.* 1. vult verba illa *d. L.* 104. §. 2. *si aliquo casu emi possit*, ita intelligi, ut sint testatoris, quasi dicat IC. Res hostium potest legari sub conditione illa adiecta, *si emi possit*. Quod recte displicet Roberto, quia nulla illic conditionis mentio.

7) De quo Senatusconsulto, & quo tempore factum fuerit, vid. Cuiac. 5. *Obs.* 26. Confer. idem *ad L.* 52. *de contr. empt.*

8) Vid. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 27. *n.* 36. *& seq.* Vult. *in* §. *sed si rem* 10. *ipsi* 12. *I. h. t. n.* 4.

dum iunxit. Hinc satis intellectum est, hæc omnia sine fraude senatusconsulti legari posse. *d. L. cætera. §. pen. & ult.*

XVIII. Sed & ea ipsa, quæ iuncta sunt ædibus, placuit aliquando posse legari sententia senatusconsulti non refragante. Quod duabus in caussis receptum est.

XIX. Una, si quid legetur ex iis ædibus, quæ illicite ædificatæ sunt. Nam cum totæ ædes destrui debeant, nihil vetat etiam partem destruere, in quemcumque usum transferas. *L. fideicommissa. 11. §. si quis illicite. D. de leg. 3.* Ædificantur autem illicite, quæ a privato in publico ædificantur sine permissu principis, quas ideo iubentur curatores urbis destruere, si publico usui noceant; si non nocent, his solarium vectigal imponere. *L. 2. §. si quis nemine. D. ne quid in loc. pub.*

XX. Altera, si quid legetur ad opus publicum faciendum. *L. cætera. §. sed si quis.* Merito: nam si quæritur ornamentum, & decus urbis, quæ ratio prohibendæ demolitionis senatusconsulto fuit; neutrum minuitur, cum quid ex privato transfertur in publicum, in quo præcipue versatur & elucet ornamentum civitatis. Nec vero dedecus privatæ demolitionis putandum est, quod maiore decore, & commodo civitatis pensatur.

XXI. Tertius ordo rerum quæ inutiliter legentur, est earum, quæ legatæ nihil emolumenti legatario adferunt. Ut ergo cætera ad vim rei legatæ concurrant: puta, ut sit in rerum natura, aut futura sit, eademque parari nullo iure prohibeatur: si tamen legatum nihil adiiciat legatario, ipsa conditio, & definitio legati facit, ut magis nullum, quam inutile sit legatum. Nam legatum donatio est, qua ex eo, quod totum heredis foret, testator aliquid cui collatum velit. *L. legatum. 116. de leg. 1. L. legatum. 36. de leg. 2.* Quare si nihil donet testator, nihil in aliquem conferat: legatum non erit. Hinc duarum rerum nobis legatarum, quanvis in commercio sint, nec sit earum translatio interdicta, tamen legatum inutile: rei nostræ, & rei nobis debitæ, quatenus quidem in his nihil, nisi quod nostrum est, aut nobis debitum, relinquitur. Res mea, ut mihi stipulatur inutiliter. *§. 1. Instit. de inutil. stipulat.* ita & legatur inutiliter. *L. cætera. 41. §. 1. D. de leg. 1. §. sed si rem legatarii, Instit. de leg.* An non, quia hoc legatum nihil in nos confert? Quod enim nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. Ratio reddita in dicto *§. sed si rem legatarii.* Et quoniam vires ab initio legatum non habuit, hinc evenit, ut quanvis res a nobis fuerit alienata, nihilo tamen magis legatum convalescat, eoque ne sic quidem debeatur res ipsa, aut eius æstimatio. dicta *L. cætera. §. 1. de leg. 1.* dicto *§. sed si rem legatarii.*

XXII. Sed hoc legatum ita se habet, inquam, si nihil hic amplius, quam quod nostrum sit, nobis relinquitur. Quod ita fit, si res perfecte nostra sit, nec ullum ius in ea sit alienum, quod eius rei usum, & possessionem nobis auferat. Quod si quid horum contra erit, tum res nostra nobis recte legabitur; quia in eo, quod iure nostro deest, incipit legatum esse utile. Primum si res perfecte nostra non fuit, id est non ita nostra, quin a nobis avocari, & nobis evinci posset; tum ea legetur nobis utiliter, & tunc peti possit ex testamento, cum ea evicta fuerit. Veluti si ex bonis eius, qui reipublicæ caussa aberat, rem usu acquisierim, & ea ante, quam evinceretur, mihi sit legata, deinde postea evincatur. *L. non quocumque. 82. §. si ex bonis. D. de leg. 1.* Evinci autem potest a priore domino, proposita ei in integrum restitutione, & inde rescissoria in rem actione ex edicto, quibus ex caussis maiores in integrum restituantur. *L. 1. D. ex quibus causs. mai. §. rursus, Instit. de actionib.*

XXIII. Sed & si ita res nostra sit, ut in ea ius aliquod sit alienum, propter quod fiat, ut nobis iure absit eius rei usus, utiliter ea nobis legatur, licetque ex testamento petere, ut res eo iure liberetur. Veluti, si fundus municipium vectigalis ipsis municipibus legetur, *L. si domus. 71. §. ultim. de leg. 1.* aut constituta alii in solo alieno superficie, superficies legata est ei, cuius in solo fuerit. Est hic quidem dominus soli; sed propter superficiem, quam prætor superficiario tuetur; iure fit, ut dominus suo solo uti non possit. Itaque, inquit Iulianus, consequetur dominus soli, ut hac servitute liberetur, superficiem lucrifaciat. *L. si tibi homo. 86. §. ultim. de leg. 1.*

XXIV. Simile ius est pignus in re mea alii constitutum: per quod fit scilicet, ut & sit aliena possessio, &, pecunia non soluta, possit res a creditore vendi, atque ita mihi auferri. Inde quoque placet, utiliter eam rem mihi legari etiam ab alio, quam a creditore, & hactenus valere legatum, ut actionem habeam adversus heredem, quo pignus luatur. *d. L. si tibi homo. in princ. D. de leg. 1.*

XXV. Quod si in re mea pignori obligata, quæ mihi legata sit, recipitur, multo ma-

to magis probandum est in re mea, cuius ususfructus sit alienus; ut, ea re mihi legata, hactenus utile sit legatum, ut res usufructu liberetur. Nam pignus possessionem tantum creditori tribuit; ususfructus partem proprietatis obtinet. *L. eum filius*. 76. §. *dominus*. *D. de leg*. 2. *L*. 4. *D. de usufruct*. Quæ res ostendit, multo plus abesse domino in re sua, cui ususfructus abest, quam cui per pignus possessio. Itaque quod 9 legitur in *L. Mævius*. 66. §. *penult*. *D. de leg*. 2. si res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas (intellige ex præcedentibus propter usumfructum, aut pignus in re mea alii constitutum) legatum, inquam, propter istas caussas non valiturum: illud, *propter*, vitiosum est. Nam ut maxime huius rei meæ legatum non valeret: non tamen id fieret propter usumfructum, aut pignus alienum, cum his rebus non fiat magis res mea, sed minus. Sed legendum est, ut in aliis exemplaribus, *Si res mea mihi legetur, legatum, præter istas caussas, non valiturum*: ut sit sensus, legatum rei meæ propter superiores caussas valere: extra eas, & similes non valere.

XXVI. Non idem dicemus, si res mea alii servitutem prædii debeat, ut hoc quoque sit ius in re mea alienum. Hanc 10 rem si quis mihi leget, non eo magis legatum valebit. *L. mevius*. 66. §. *pen*. *D. de leg*. 2. Quippe non eo minus perfecte mea est, quæ servitutem prædii debet; cum hæc servitus nec si pars proprietatis, nec possessionem rei meæ mihi auferat.

XXVII. De re nobis debita, eademque nobis legata videamus. Et in hac re, quod in re nostra, ius idem: ut si debitor quod debet, leget creditori suo ita, ut nihil amplius sit in legato, quam in debito, æque legatum nullum sit, quia creditori inutile, qui nihil amplius per legatum habet. §. *ex contrario*, *Instit. de leg*. Quod si plus erit aliquid in legato, legatum valebit.

XXVIII. Ut plus sit in hoc legato, efficitur aut potestate novæ actionis, aut prioris debiti repræsentatione.

XXIX. Potestate novæ actionis, vel quia nova actio 11 ex testamento efficacior est, vel quia plenior.

XXX. Efficacior est, si vetus exceptione removeri potuit a debitore: idest, si debitor quidem iure civili debuit, sed exceptione aliqua tutus, puta pacto, aut rei iudicatæ, potuit actionem repellere. Quod ita debet, si leget debitor, tribuit novam actionem legatario. Quæ cum nulla exceptione summoveatur, nec vetere, quæ ad priorem tantum actionem pertinuit; nec nova, quæ nulla secuta est: eiusmodi est, quæ legatum efficaciter persequatur. Ideo utile legatum tanquam remissa creditori exceptione. *L. si creditori*. 28. *D. de leg*. 1.

XXXI. Plenior actio est ex legato dupliciter: tempore, aut rebus.

XXXII. Tempore plenior est, quæ est diuturnior. Ut diuturnior est sæpe actio ex testamento honoraria actione. Hinc illud Ulpiani ex *d. L. si creditori*. *de leg*. 1. si id, quod honoraria actione mihi debetur, legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi detur pro honoraria. Quod sic accipiendum puto, si honoraria actio sit ex delicto pœnæ persecutionem continens. Hæ enim actiones temporales sunt; civiles, qualis actio ex testamento, perpetuæ. Quod si honoraria rei persecutionem contineat, non minus & ipsa perpetua est, ut isto modo non minus contineat, quam civilis. *L. in honorariis*. *D. de obl. & act*. Et si quidem tempus veteris actionis exierit, cum ex testamento agitur, totum, quod debebatur, in legato fuisse, atque hoc modo legatum in totum utile esse videbitur. Sublata enim priore actione, nihil relinquitur, quod debeatur, nisi legatum. At quid si vetus adhuc actio duret, cum agitur ex testamento? Apparet rem eo redire: ut iam nihil sit in legato, si tantumdem contineat vetus actio, quantum quæ est ex testamento. Neque ideo ab initio legatum inutile est, cum præstet hunc usum, ut si alia actio esse desierit, sit parata nova hæc actio, qua subsidio utamur.

XXXIII. Rebus plenior est actio, in quam plures res ex mora veniunt. Ut his rebus plenior est actio ex legato actione ex stipulatu, aut alia quavis actione stricti iuris; quia in actione ex stipulatu, & similibus neque usuræ ex mora, neque fructus accedunt. *L. videamus*. §. *actionem*. *D. de usur*. Quorum utrumque legatorum

9) Ita & Cuiacius 5. *ad Afric. ad L*. 35. *de vulg*. Sed a Florentina lectione recedendum non est, cuius hic sensus esse poterit, *propter istas caussas non valebit*, id est non licet ex superioribus argumentum ducere, ut quia istis casibus legatum subsistat, ita & rei meæ legatum valeat. De utilitate pignoris legati debitori, Timæ. Fab. 1. *Annot*. 16.

10) Mævius 66. *pr. de leg*. 2. vid. Duar. *ad L*. 28. *& seq. de leg*. 1. Hot. *ad* §. *si quis debitori* 13. *I. h.* & Ant. de Padilla quodammodo dissentiens *ad L. unum* 67. *pr. de leg*. 2. *n*. 4. *&* 5.

11) Obstat dictæ *L*. 28. §. 1. *L*. 28. §. *pen. de lib. leg*. Duar. *ad d*. §. 1. distinguit inter quantitatem ex stipulatu debitam *d*. §. *pen*. ubi nullum insit commodum repræsentationis, & rem seu speciem *d*. §. 1.

rum, & fideicommissorum persecutioni tributum est. *L.* 3. *L. usuræ. D. de usur. L. in minorum. C. in quib. causs. in integ. rest.* Est & illud commodum ex legato, quod legatarius rei legatæ dominium nanciscitur statim, quod non item tribuitur creditori ex stipulatu, aut ullo alio contractu. *L. a Titio. D. de fur. L.* 3. *§. si rem de leg.* 3. *L. traditionibus. C. de pact.* Hinc ergo illud Marcelli, si rem quam ex stipulatu mihi debes, legaveris mihi, utile esse legatum. *L. si creditori.* 28. *§.* 1. *de leg.* 1. Sed addit ita esse utile, ut neque Falcidia hoc minuat. Cur ergo utile, cum non minus efficaciter, nec minus diu ex stipulatu debeatur? Quia, ut dixi, actio ex legato uberior est. Quibus in rebus, ostendi. Sed si legatum est utile, cur placet Falcidiam id non minuere, cum lex Falcidia ad omnia legata pertineat, eaque ipso iure imminuat? *L.* 1. *§. non solum, L. in quantitate*, 73. *§. ult. D. ad leg. Falc.* Eo fit, quia hic actio de re principali est ex legato; usurarum autem, & fructuum præstatio magis ex debitoris mora. Certe hæ accessiones non ex obligatione esse, sed officio iudicis præstari dicuntur. *L. quæro*, 54. *D. loc. L. centum, D. de eo quod cer. loc.* Sed nec dominii translatio, quæ ex legato contigit quidquam amplius tribuit legatario, quam ipsum, quod legatum est. Vera autem ratio facit, ut non plus dici debeat esse in legato, quam legatarius ex eo acceperit. Neque porro lege Falcidia minui potest, nisi quod legatum probatur. Quibus conveniens est, quod placuit, si rem quam quis debeat ex stipulatu, creditori suo leget, quamvis utile sit legatum, non posse tamen eum fidei creditoris committere, ut quidquam præstet. Quod certe aliam rationem non habet, quam illud ipsum, quod dixi, quod scilicet nihil creditor plus acceperit, quam quod ex stipulatu sibi debebatur. *L.* 3. *§. si rem. D. de leg.* 3.

XXXIV. Repræsentatione prioris debiti plus est in legato, quam in debito, quod legatum est, si debitor, quod debuit ex tempore, puta in diem, aut sub conditione, creditori suo leget pure, aut citerioře die. Nam cum prius differretur petitio ex longiore die, aut conditione, nunc, mutato legato, repræsentatur. Idemque est, si quod longiore loco debebatur, debitor citeriore leget. Nam & loca diem habent. *§. loca, Instit. de verb. oblig.* Quam ob caussam & legatum in his valere placuit. *L. sin autem*, 29. *D. de leg.* 1. *§. ex contrario, Institut. de leg.* propter commodum repræsentationis scilicet, ut est in *d. §. ex contrario.*

XXXV. Hac ipsa ratione placuit, maritum dotem, quam debeat, uxori utiliter legare. Et valere quidem hoc legatum constat, estque id argumentum totius tituli *D. de dote prælegata.* At quomodo legatum utile, cum maritus, soluto matrimonio, dotem debeat sine legato? *L.* 2. *D. sol. mat.* Id facit idem illud commodum repræsentationis, ut indicatur in *L.* 1. *in prin. illic, & verum est, D. de dot. prael.* Repræsentatur enim ex legato dos, cuius solutio ex lege dilationem habet. De qua dilatione scriptum est in *L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. actio.*

XXXVI. Postquam superiorum legatorum vis hanc unam caussam habet, quam diximus, repræsentationem: hæc caussa in proposito dubitationem attulit, quid fieri placeat, si vivo testatore, debiti, quod creditori legatum est, dies venerit, vel conditio extiterit. Movet, quod in hoc legato etiam vivo testatore repræsentatio locum habere posse desiit; qua caussa sublata, nec legato locum esse dixeris. *L. quod dictum, D. de pact. L. de eo. L. quid enim, seq. D. de iud.* Adde, quod legatum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Quod cum fit in rebus debitis, obligatio intercidit. *L. pro parte, D. de ser.* Et [12] exstant de eo in Pandectis pugnantes Papiniani, & Pauli sententiæ. Papinianus scripsit, nihilominus hic valere legatum, quod semel constitit. *L.* 5. *D. ad leg. Falc.* Paulus disertis verbis contra in *L. debitor*, 82. *in princ. D. de leg.* 2. Conamur has sententias conciliare? Frustra. Non enim ipsæ tantum se ostendunt esse se inter se pugnantes, sed etiam Iustinianus in *d. §. ex contrario.* Agnoscit veterum quorumdam sententias tales fuisse, quæ a Papiniano dissentirent. Sed nobis non est hic laborandum. Iustinianus controversiam in eo. *§. ex contrario*, diremit. Refert enim nominatim sententiam Papiniani, quam, con-

12) Ita & Form. 2. *Sel.* 16. P. Fab. *ad L.* 29. *de R. I. pag.* 165. Et vere has LL. pugnare. A. Fab. 4. *Conj.* 12. & Govean. 2. *Var. Lect.* 27. *ac ad d. L.* 5. *ad L. Falc.* n. 6. Tribonianum incusans. Ac Hot. *in §.* 13. *I. h. t.* hinc fidem, & diligentiam compositorum cognosci. Sed recte, Pac. 6. Q. 18. accipit *d. L.* 82. de iis legatis, quæ vindicari non possunt, ut quantitas, de qua aperte loquitur, *d. L.* 5. vero de alia re, seu specie debita ac legata, ubi & post conditionis, vel diei adventum hæc utilitas legati, quod propter id datur vindicatio illius rei, quæ alias ex obligatione non daretur.

contraria aliorum reiecta, probare se profitetur. Ergo, dicet aliquis, fatemur in Pandectis contrarium aliquod inveniri, contra quam Iustinianus ipse testatur in *L. 2. §. contrarium. C. de vot. iur. enu.* Sed non sunt loci in iure contrarii, quorum unus pro iure non habetur. Qualis esse iubetur illa sententia Pauli, quæ Papiniano adversatur. Cur igitur hæc sententia Pauli in Pandectis relata est? Cognita Iustiniani decisione, dicemus, non ideo esse relatam, ut valeret, sed historiæ caussa, ut & istos contraria sensisse, & quid hic Iustinianus præstiterit, intelligeremus. Si quæreiur, quantum sit in hoc legato; respondebimus ad petitionem totum id, quod debebatur, in legato esse; quia res alioqui iure legati peti non possit. Ad æstimationem autem legati, ut quidem id in computationem legis Falcidiæ veniat, solum venire modum repræsentationis, quia id solum est in re, quod legatarius vere accipit. Prius traditum in *L. debitor* 82. *de leg.* 2. posterius *in L.* 1. *§. si quis creditori D. ad leg. Falc.*

XXXVII. Tot sunt ergo genera, atque ordines rerum, quæ legari non possunt. Quibus cognitis, facilis fit definitio, & summa earum, quæ dari legari possunt. Non enim tantum his generibus rerum docemur ex contrario, eas res legari posse, in quas tria hæc concurrant, quæ initio complexi sumus, ut & natura parari possint, & iure alienari non prohibeantur, simul tales sint, quæ legatæ aliquam utilitatem legatario adferant: sed etiam quænam hæ sint, prioribus subductis, facile intelligitur. Necesse est enim, cum a prioribus discesseris, quæcumque aliæ relinquuntur, omnes in hoc numero habere. Et ita est; quæ huiusmodi sunt reliquæ; omnes legari possunt. Nec interest, corporales sint, ut fundus, ædes, bos, pecunia numerata; an incorporales, ut servitutes, usus, ususfructus, & prædiorum servitutes. *L. cætera.* 41. *in prin. D. de leg.* 1. *§. tam autem. Inst. de leg.* Inde dictum, servitutes omnes non tantum pactionibus, sed & testamento constitui posse. *L.* 3. *D. de usufr. §. ult. Instit. de servi. præd.* Atque hinc etiam recepta liberatio legata, utpote res incorporalis, & utilis. De quo genere legati est titulus. *D. de liber. leg.* Ac quid contineat hoc legatum, dicetur infra suo loco. Similiter & receptum, ut [13] partem hereditatis legare liceat: rem scilicet incorporalem. *Inst. de reb. corp. & inc. L. mulier.* 22. *§. ult. D. ad Treb. L. cum ex filio.* 39. *D. de vulg.* Nec in rebus corporalibus interest, præsens legetur, an futura; *L. quod in rerum.* 24. *in pr. de leg.* 1. nostra, [14] an aliena, *§. non solum. Institut. de leg.* libera, an pignori obligata. *L. si res obligata.* 57. *de leg.* 1. *§. sed etsi rem. Instit. de leg.* Sed alienæ rei legatum conditionem habet: de

quo,

13) *L.* 8. *§. ult. de leg.* 2. Non recte igitur Vult. *in §.* 4. *& seqq. l. h. t. n.* 4. scribit res incorporeas legari posse, excepta hereditate, quæ nec tota possit nec pro parte. Cæterum hoc esse legatum Partitionis sentit Turam. *de Exaq. Leg.* C. 2. *n.* 4. *& seqq.* quod ab aliis quatuor generibus distinctum fuisse probat ex Theoph. *in §.* 5. *I. de fid. her.* Ulp *tit.* 24. §. 25. Neque id in usu esse desiisse, cum mentio fiat in Pandectis. Idque maxime constare ex *d. L.* 22. *§. ult.* ubi verba: *legari posse etiam portionem hereditatis placet nobis*, sint Triboniani, & quia aliena a modestia IC. & quia tempore Ulpiani ea de re nulla dubitatio *d. tit.* 24. §. 25. Et propriam id legatum obtinere naturam, nec subiacere SC. Treb. Neque esse simile fideicommisso universali; (1) quia hic legatarius non est quasi heres *d. L.* 22. *§. ult.* fideicommissarius universalis est, *L.* 2. *ad Treb.* (2) quia in fideicommissarium mero iure transeunt iura hereditaria. In hunc legatarium ex partium conventione, stipulatione partis, & pro parte: Teoph. *d. lo.* vid. Paul. 3. *Sent.* 3. §. 1. (3) quia hoc legatum, ut nomen arguit, non potest fieri de tota hereditate, sed eius parte. Neque simile esse fideicommisso particulari, quia illud omnino non oneribus subiicit. Sed & neque hoc legatum esse particulare, quia agnoscit onera; neque universale, quia agnoscit non ex propria natura, sed ex conventione, & per accidens. Neque hoc legatum sub exæquatione *L.* 2. *C. Comm. de leg.* comprehendi. Neque enim exæquatum particulari fideicommisso, quia exæquatio illa facta in quatuor generibus vindicationis, damnationis, Sinendi, & Præceptionis. §. 2. *I. h. t.* Hoc autem quintum genus ab iis diversum esse: neque universali; Detraheretur enim Trebellianica At non detrahitur *d. L.* 22. *§. ult.* Neque esse legatum Universale, quia id omnino nullum. (de quo & Matthæ. *Lib.* 1. *Epit. Leg.* C. 2.) Quod probat Turamin. *n.* 10. *& seq.* 1. *per §. ul. I. Per quas pers.* 2. *per pr. I. h. t.* Si legatum aliquod Universale esset, non omnino, vel in totum dici posset, *d. pr.* esse legata extra propositam materiam, qua de modis acquirendæ universitatis agitur. 3. *per §.* 9. *I. de fid. her.* in verbis: res quæ remanet, *sine ullo onere*, quasi ex legato acquisita. (4) Quia nec legataria hereditas, neque legataria hereditatis petitio (sicuti fideicommissum) aliave, quæ universali acquisitioni convenit, prodita. (5) Ex *Const. tanta. §. Quintus.* 6. *de Confirm. Dig.* patet, fideicommissum solis convenire SC. Trebell. itaque legatum Universale non dari. Obiic. §. 5. *I. de fid. her.* vers. *post quod: SC.* Resp. Stipulatione partis, & pro parte non a Pegasiano SC. descendere, sed ex legato partitionis ad fideicommissum ob rationis similitudinem translatæ, Obiic. *L.* 8. *§. ult. de leg.* 2. Resp. Non funeris impensa facit ius universale. Nam & eam vir patitur in dote *L. Celsus* 22. *de relig.* Obiic. *L. ult.* §. 3. *Cod. Comm. de leg.* Resp. ibi verba, *universitatis vel speciale* solius fideicommissi, non etiam legati divisionem continent, &c. *Ita* Turam *d.* C. 2. Quæ iure non displiceot. Illud unicum addo, non esse aliena a modestia ICti, aut arrogantiam redolere verba, *placet nobis*, cum & alibi reperiantur *L.* 8. *de Usuf. ear. rer. & in L.* 4. §. 2. *de pact.* idem Iuliano placet, *L.* 72. *ad Treb.* Aristo aiebat, sibi placere, & placuit prudentibus *L.* 31. *de vulg. L.* 54. *pr. Mand.* & placet (simpliciter) *L.* 1. *de reg. Caton.* Vid. & de legato partitionis. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 12. Chiflet. *Lib.* 2. *de I. Fideic.* C. 4.

14) Ratio dubii, quia legato acquirit dominium, & quia ex re aliena non licet esse liberalem. Vult *in §.* 4. *& seqq. l. h. t. n.* 6. & quia lex 12. tabul. rei suæ legare permittit Hot. *in d. §.* 4. ubi ad hoc Resp. intelligi damnatum heredem, ut rem redimat, vel æstimationem præstet, atque sic æstimationem succedere in locum rei. Valet autem hoc legatum etiam iure Canonico, Claud. de Battand. *Tr. Legitima* C. 6. *n.* 18. *& seq.* Fach. *n.* 5. *Contr.* 38. ubi vid. dissentientes.

quo, cum attigerim tantum aliquid fupra Cap. IV. idque levius: nunc ubi proprie locus fe dat, amplius cognofcendum eft.

XXXVIII. Res aliena legata certo iure debebitur, fi [15] teftator alienam effe fcivit. Si fuam putavit, placet non deberi: non quia res fit aliena, fed quia non videtur teftator effe boc animo, ut præftetur, qui fi fciviffet, rem alienam effe, forfitan non legaffet. Hoc in *§. non folum. ver. quod autem. Inft. de leg. L. cum alienam. C. de leg.* Sed addita hic exceptio eft, dum ne fcilicet aliunde de contraria reftatoris voluntate doceatur. Qui, fi probetur, etiam fi fciffet alienam, legaturus fuiffe, placet, hic quoque voluntatem fervandam, & relictum deberi. Neque hic voluntatem apertam exigimus: fola coniectura voluntatis, dum idonea, ad eam rem admittitur.

XXXIX. Quo in genere duæ funt receptæ, & ex utraque legatum in hac fpecie admiffum.

XL. Una coniectura eft ex perfona eius cui legatur; ut fiquidem [16] coniunctæ perfonæ puta parenti, cognato alicui, vel uxori res aliena legata fit, quamvis reftator fuam putaverit, tamen legatum valeat, quia verifimile fit, eum coniunctæ perfonæ quovis modo fuiffe legaturum. Conftitutum in *d. L. cum alienam. C. de leg.*

XLI. Altera coniectura ducitur ex perfona eius, qui eft dominus rei. Sane enim, fi res fit alterius, quam heredis, fuperiori conftitutioni locus fit. Quod [17] fi res erit heredis, quam dum fuam exiftimat teftator, legaverit: Papiniani fententia eft, legatum ab herede deberi: addita hac ratione, quia fint magis in legandis fuis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciles voluntares; hoc autem non eveniat in hac fpecie, cum dominium rei fit apud heredem. Hoc Papinianus in *L. unum. 67. §. fi rem. de leg. 2.* Habet autem fuperior ratio hanc fententiam. Cum res aliena legata eft, quam teftator alienam effe ignoravit, idcirco ea non debetur, quia fi deberetur, heres eam redimere cogeretur. Qua neceffitate non videtur teftator facile fuos heredes onerare voluiffe. Hæc ratio ceffat in re, quæ eft heredis. Eam enim heres de fuo præftare poterit, neque redimere cogetur.

XLII. Quid, fi e converfo teftaror leget rem fuam, quam putet alienam? Etiam ne error teftatoris in hac fpecie idem effecerit, quod in fuperiore, ut legatum non valear? Minime vero idem; atque adeo non mirum; fi refpondetur fine cunctatione, legatum valere in *§. fi quis rem. Inft. de leg.* Perfpicuum eft enim, eum, qui rem legaturus fuerit, etiam fi aliena effet, multo magis, fi fuam effe fciffet, legaturum fuiffe: ubi fcilicet & facilius rem fuam transferre, & heredem, fublata neceffitate redimendi, minus onerare potuerit. Idque ita eft, quanvis putaverit rem effe legatarii, ut adiicitur in *d. §. fi quis rem.* Et ideo bene Iuftinianus ibidem addidit rationem, ut diceret, idcirco hic valere legatum, quia plus valeat, quod in veritate eft, quam quod in opinione. Recte, inquam, dummodo hoc dictum fic intelligamus, ut plus valeat in hac fpecie, non etiam in univerfum in cauffis omnibus. Eft enim alioqui contra, ubi recte refpondeatur, plus effe in opinione, quam in veritate: veluti, cum is, qui putat, fe neceffarium, cum effet voluntarius, dicitur, non poffe repudiare, aut adire hereditatem, addita ifta ratione, quam modo dixi, ut in *L. is qui putat. 15. & L. feq. D. de acq. her.* Utraque hæc oratio verbis, fi generaliter accipiatur, contraria ad fpeciem propofitam, cui fubiecta eft, adftringi debet, eftque ita interpretanda: Plus valer veritas, nempe in bac fpecie; Plus valet opinio, nempe rurfum in ifta altera. Quando igitur pro fpecie fubiecta plus valere debet veritas; quando plus valere opinio? Sic definiemus: quoties error, & falfa opinio gerenti non obftat, quominus velit, & poffit id, in quo errat: femper plus valet, quod in veritate eft, quam quod in opinione. Ut in propofito, [18] cum teftator rem fuam legat, quam putat alienam effe; illud in vero eft, potuiffe eum rem fuam legare, & ut potuit, ita legaffe. Quæritur, an falfa opinio rei alienæ obftet,

15) Ubi fi erraffe hinc, illinc fciffe dicatur, actoris id eft legatarii probare *Tex. L. 21. D. de probat.* Gomez. 1. *Var. Ref.* 12. *n.* 13. Baro *in §.* 4. *I. b. t.* Hortenf. *in L.* 15. § 1. *de pign.* Forft. 1. *de Succ.* 45. *n.* 14. cum ignorantia regulariter hic præfumatur. Arumæ. *Ex Iuftin.* 9. *Th.* 3. Probare autem fufficit præfumptive: Ut fi probet, teftatorem rem occupaffe fine iufto titulo *per L. ult. C. unde vi.* vel a non domino fcientem emiffe, vel a pupillo; quo cafu præfumitur potius fcientia rei alienæ, quam iuris ignorantia, Vafq. *L.* 3. *de Succeff. progreffu* §. 27. *n.* 40.

16) Quæ cenfeatur coniuncta perfona vid. Meno. *Arb Ca.* 146. Quid fi ad pias cauffas? Vulgo valere volunt arg. *d. L.* 10. quia proclivior cenfeatur teftator ad favorem piæ cauffæ, quam coniunctarum perfonarum; & quia valet favore libertatis *L.* 39. *de fid. libert.* Vafq. *d.* §. 27. *n.* 41. Tiraqu. *Privil. pia cauffa* 66.

17) Cuiac. *in not. pofter. I. b. t.* & Vult. *in* §. 4. *& feqq. L. h. n.* 6. aliam adducunt exceptionem in fundo alieno heredi prælegato *L.* 72. *ad Trebell.*

18) Et Pac. 5. Q. 95. Balduin. *ad d.* §. 11. *n.* 14. *& feq.*

quominus potuerit rem legare, si suam scisset, & ut potuit, quominus voluerit. Et de potestate legandi certum est, non effecisse falsam istam opinionem, quominus semper rem suam legare potuerit. Quominus autem voluerit, tantum abest, ut effecerit hic error, ut potius contra declarat, quod dixi, si testator hanc rem, licet alienam, legare voluit, multo citius, si suam scisset, legaturum fuisse, ob eas caussas, quas ante ostendi. Contra ubi opinio impedit, quominus fiat, quod vere fieri poterat, si quis sciret, quod in re est; ubi necesse est, opinionem plus valere, quæ id, quod verum est, procedere non finit. Ut accidit in eo herede, qui se necessarium putat, cum sit voluntarius. Hic enim re vera potest hereditatem & adire, & repudiare. Sed, ut hoc possit: prius est, ut se id facere posse & sciat, & existimet. *L. qui hereditatem. L. in repudianda. D. de acquir. her.* Quod certe facere non potest, qui se non voluntate sua, sed necessario heredem fieri opinatur. Ita opinio, quod prius erat, impediens, etiam ei, quod vere fieri poterat, obstat, quominus sequatur.

XLIII. De re nostra pignori obligata si a nobis legata sit, quin legatum valeat, nulla dubitatio est, ut quidem res ipsa eodem iure peti possit a legatario, eodemque iure defendi, quo a nobis peti possunt res cæteræ legatæ. Sed utrum heres pignus luere debeat, an legatarius quæstionis est. Quæ iam non huius loci quæstio est, sed illius, in quo quæritur, quid legato contineatur, ubi de hac re opportune dicetur.

C A P. XII.

Quæ facta recte in fideicommissum deducantur.

Etiam facta legari posse: ut qui iussus est facere, parere debeat. At non omnia facta recte iubentur. I.
Non ea, quæ sunt legibus, & honestati contraria. II.
Non quæ inutilia, aut, præter nudum præceptum, nihil in se habeant. III.
Non denique quæ æstimari non possunt; ut si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, aut extraneum adoptare. IV.
Quid si rogatus relictum agnoverit. V, VI.

I. NOn solum, ut dixi, res in fideicommissum deducuntur, sed etiam facta. Ut in rebus quæritur, quæ res legari possint, fideivecommitti, ut præstentur: sic in factis, quæ recte iubeantur fieri, ut, qui iussus est, parere debeat. Et utiliter iubetur is, qui testamento obligari potest, facere omnia, in quibus hæc tria insint, ut nec sint contra ius; & utilitatem alicuius propositam habeant; & in hac ipsa utilitate recipiant æstimationem. In quibus vero unum aliquod ex his desit, ea fieri frustra percipiuntur. Ita omnino tria genera sunt eorum, quæ iubeantur testamento inutiliter; illicita, inutilia, æstimationem non recipientia. Quæ genera deinceps bene posita, rem expedient in utramque partem, ut doceant primum quidem, quæ iuberi non possint, secundo autem loco, quæ possint.

II. Primum genus est illicitorum. De quo etsi in universum ita recte præcipitur, nihil valere ad obligationem, quod fiat contra legem, aut in fraudem legis; *L. non dubium. C. de leg.* tamen ne hic hæsitemus, cum de suprema voluntate quæritur: etiam in re testamentaria idem nominatim definitum legimus in *L. si quis inquilinos. 112. §. penult. & ultim. D. de leg. 1.* in hæc verba: *Si quis scripserit testamento quid fieri, quod contra ius est, vel bonos mores, non valet: Veluti, si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. Iusiurandum quoque contra vim, & auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius est momenti.* Contra legem præcipitur, veluti, si legatis ædibus, iubeat, legatarium ædes destruere, & alteri vendere reliquias. *L. 2. C. de ædib. pri.* Aut si quis aliquem rogarit, ut sibi heredem Titium instituat. *L. filiusfamilias. 114. §. ut quis. D. de leg. 1.* Quod facere ideo nemo cogitur,

quia

quia Iure, & legibus liberas testantium voluntates esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. *L. illa.* 32. *D. de hered. instit.* Sed quod proximis his verbis iussum directo non valet, placuit, ex sententia iubentis perinde habendum, atque si rogasset hereditatem suam restitui. *d. L. filiusfamilias.* §. *ut quis.* Turpe est, & contra bonos mores, quod iubetur, eoque iubetur inutiliter; veluti si quis iusserit, ut reliquias suas heres in mare abiiciat. *L. quidam. D. de cond. inst.*

III. Secundum genus eorum, quæ inutiliter iubentur fieri, est factorum inutilium, id est eorum, quæ nullius caussa iubentur, seu quæ facta ad nullius utilitatem pertinent. De quo genere exstat rescriptum Imperatorum in *L. filiusfamilias.* 114. §. *Divi.* 2. *D. de leg.* 1. in hæc verba: *eos, qui testamento vetant quid alienari, nec caussam exprimunt, propter quam id fieri velint: nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius momenti esse scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint.* Nudum præceptum vocat constitutio, quod præceptum est tantum; utilitatem autem cuiusquam nullam sibi propositam habet; qua proposita, præter præceptum, haberet etiam fideicommissum, ex quo petitio esset iis, quibus testator consultum voluisset. Nunc fideicommisso detracto, recte dicatur, præceptum nudum, id est, solum, quod, præter præceptum, nihil in se habeat. Ad hoc genus præcepti referri debent, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates: [1] veluti, ut vestes, aut quæ alia supervacua [2] in funus impendantur. Quæ cum ad nullum usum, ad nullius honorem, ne testatoris quidem: sed potius ad inanitatem iudicii eius coarguendam conferantur: merito eas voluntates tanquam nudum, & inane præceptum negavit Papinianus valere. *L. servo.* 113. §. *ult. de leg.* 1.

IV. Tertii generis facta, quæ inutiliter iubeantur, sunt ea, quæ æstimari non possunt. Nam, cum, bis neglectis, non possit adversus eum, qui facere iussus est, alia actio, & condemnatio esse, quam in pecuniam numeratam æstimationem facti cuiusque, sicut accidit in omnibus faciendi obligationibus; *L. si quis ab alio.* §. *ult. D. de re iud. L. stipulationes non dividuntur. ver. Celsus. D de verb. oblig.* sequitur, ut, quæ neglecta, æstimari non possunt, eorum nomine nulla sit petitio, eoque nullum utile fideicommissum. Cuius generis exempla hæc sunt, si heres, vel legatarius rogetur filium suum emancipare, aut extraneum aliquem adoptare. Si quis, inquit Marcianus, liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere. *L. filiusfamilias.* 114. §. *ut quis in fi. de leg.* 1. Idem hoc Papinianus, ut refertur in *L. si cui.* 92. *D. de cond. & demon.* Atqui nihil hic iubetur, quod sit contra ius, aut factu turpe. Non est hoc satis. Factum etiam æstimabile exigimus, ut, eo contempto, sit aliqua de æstimatione facti petitio, quæ sola hic locum babet. Et hæc est ratio, quam Marcianus superioris sententiæ reddidit. Non cogitur, inquit, rogatus hoc facere. Potestas enim patria inæstimabilis est.

V. Et omnino ita habet, ut liberi manumitti iussi, deficiantur a petitione fideicommissi, ut est in *d. L. si cui.* 92. *D. de cond. & dem.* Sed adiicitur ibidem, extra ordinem debere constitui, eum qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare. Neque enim, ait Ulpianus, debet conveniri testantium voluntas. Sed an hoc sic accipimus, ut pater in hac specie præcise cogendus sit liberos emancipare? Quod si fieret, iam hic esset petitio fideicommissi, quam tamen omnem Ulpianus ibidem prius negaverat. Imo, inquit Ulpianus, superius dictum interpretans, sic hoc relictum est accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum patri fuisset legatum, vel ita relictum, ut liberos emanciparet. Qua adiectione significat, nullam esse petitionem fideicommissi, qua

1) Non omnino nulli huiusmodi iussum in mentem venisse ostendit, Marq. Freher. 1. *Parerg.* 26. Nam quidam patriæ amore, alibi morientes, iusserunt reliquias in mare abiicere, ut vel pulvis ad littus patrium iret. Huiusmodique præceptum, imaginaria ratione, dicis caussa, implebatur, scirpea imagine deiecta. Quod probat Freherus ex versibus Ovidii 5. *Fastor.*

Sæpe tamen patria dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus.
Mittite me in Tyberim, Tyberinis vectus ut undis,
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.

Displicet heredi mandati cura sepulcri:
Mortuus Ausonia conditur hospes humo.
Scirpea pro domino in Tyberim iactatur imago:
Ut repetat Graias per freta longa domus.

2) *L. ult.* §. *ult. de auro & arg. leg.* Hieron. *Epist. Lib.* 2. Cur mortuos auratis obvolvitis vestibus. An cadavera divitum nisi in serico putrescere nesciunt? refert Ræv. 1. *Coniect.* 14. & Gæd. *ad L.* 202. *de V. S. n.* 34. Idem est si iubeat, pecunias secum in tumba defodere; maxime cum cautum sit, ne pecunia secum sepeliatur *L.* 4. §. *pen. ad L. Iul. pecu.* vid. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 26. Radulf. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 18. Confer. *not. infr. Cap.* 32. *N.* 15.

si, qua scilicet cogatur pater liberos emancipare, aut in certam æstimationem debeat condemnari: sed esse repetitionem rei legatæ, quasi quæ relicta esset sub conditione, quæ conditio non exstitisset, aut esset relicta sub modo, cui legatarius non paruisset.

VI. Quod in emancipatione fideicommissa iuris est, idem est in fideicommissa adoptione. De qua ita scribit Scævola, ut neget cogi posse quemquam ex fideicommisso adoptare. Eius verba hæc sunt in *L. uxorem*. 41. *§. eius heres*. *D. de leg.* 3. Heres vel legatarius rogatus est, ut quemdam adoptet his verbis adiectis, *si aliter fecerit, exheres esto, vel perdito legatum*. Quæsitum est, si non adoptaverit, an ei, qui adoptatus non est, actio quædam ex fideicommisso competat. Respondit, fideicommissum, quo quis rogatur, ut adoptet, ratum non esse. Sed non negat Scævola, quin legatum hac contemplatione relictum auferri possit. Nos posse dicemus, quasi fuisset relictum sub conditione, quæ non exstitisset, aut sub modo, cui paritum non esset: ne circumveniatur testantis voluntas. Quæ omnia in specie superiore admissa ab Ulpiano in *d. L. si cui*. 92. *de cond. & dem.* in hac quoque locum habent.

C A P. XIII.

De regula Catoniana.

Ponitur quæstio definienda regula Catoniana. I.
Deinde regula ipsa; eaque explicatur, confirmatur. II. III. IV.
Eam tam ad legata, quam ad hereditates pertinere. V. X.
Non tamen si conditionem habeant expressam. VI. VII. VIII.
Vel tacitam. IX.
Nec ad leges novas, testamentarias videlicet. Quatenus duas leges Iuliam, & Papiam sustulerit Iustinianus. XI.
Legatum conditionale non ex tempore, quo factum est, sed ex eo, quo conditio extitit, æstimatur. VIII.

I. HIS de personis ad legati vim pertinentibus, deque rebus, quæ in legatum, & fideicommissum deduci possint, expositis, incidit quæstio, quæ communiter ad utrumque genus pertineat, quæ proinde hoc loco explicanda est. Constitit & in personis quasdam esse, quibus legari non possit; & in rebus quasdam, quæ legari, fideive committi non possint: ut, sive illis personis legatum sit, sive hæ res fideicommisso relictæ, iam ab initio non consistat legatum, aut fideicommissum. Idque ita perpetuo futurum est, si & personæ, & res in eadem caussa perseverent. At quid, si conditio personarum, aut rerum postea mutata sit, redieritque in eum locum, a quo incipere posset legatum, vel fideicommissum? Exoritur hic communis quæstio, an legatum convalescat, an vero perpetuo eodem iure maneat, quali ab initio fuit. Ut puta: deportato legatum datum est: is postea beneficio principis restitutus in civitatem rediit. Illi legari non potuit; huic potuit. Item res mea mihi legata est, deinde a me alienata mea esse desiit. Mea frustra mihi legatur: aliena recte. Quæritur igitur, an & illic, mutata conditione personæ, & hic, mutata conditione rei legatæ in melius, relictum convalescat, quia venerit in eum locum, a quo incipere poterat: an vero non convalescat, quia legati initium spectari oporteat. De hac re tota definit regula Catoniana; cuius ob hanc caussam tam crebra est mentio sub his titulis de legatis. Quamobrem & ea nobis hic adhibenda est; &, quod satis est, hoc loco explicanda. Sic autem dicta est ab auctore Catone, a quo cum primo commode, & ad rationem iuris civilis aptissime concepta esset, magno consensu omnium recepta est, atque ita porro pro iure certo observari cœpta. Sic ab auctore Aquilio dicta Aquiliana stipulatio, de qua in *§. item per. Inst. quib. mo. tol. obl.* Sic a Mucio Muciana cautio, de qua in *L. 7. D. de con. & dem.*

II. Regula Catoniana sic definit. *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit testator, non valere*. *L. 1. D. de reg. Cat.* Quibus verbis de universa quæstione superiore responsum est, ut, sive alicui legari non potuit, sive res aliqua non potuit legari, ita ab initio legatum sit inutile, ut, nulla mutatione personæ, aut rei postea incidente, legatum convalescat. Idque est, quod aliis verbis

bis declaratur [1] aliis regulis iuris duabus, ut dicatur: *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, temporis tractu convalescere non posse*: item, *Quod initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere*. *L. quæ ab initio* 211. *L. quod initio* 30. *D. de reg. iur. L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Habet vero regula hanc rationem, quia cum ad legatum [2] duabus his rebus opus sit & potestate legandi, & voluntate: evenit in his, quæ inutiliter ab initio legantur, ut neutro tempore neque præsenti, neque sequenti duo hæc concurrant, facultas legandi, & voluntas. Ab initio quidem legare voluit testator, & verbis legavit: sed iure non potuit. Post autem, conditione mutata, legare potuit, sed non legavit. Ita fit, ut, potestate legandi deficiente ab initio, legatum non valeat; postea voluntate nova cessante, non exsistat legatum de integro, ut novum id constituatur.

III. Adde, quod non recte dici potest convalescere, quod nunquam valuit; nec restitui, aut confirmari, quod nunquam fuit. Tale autem est legatum, quod ab initio fuit inutile. Quod enim iure inutile est, idem iure est nullum, ut quod perinde habeatur, quasi scriptum non esset. *L. non dubium. C. de legi*. Ergo deportato legatum non valebit: nec [3] si vivo testatore civis Romanus esse cœperit, legatum convalescet. Sic cum servo heredis pure legari non possit, placet, si legatum sit, ita inutiliter legatum esse, ut nihil proficiatur, quamvis vivo testatore de potestate heredis exierit, *§. an servo. Instit. de leg.*

IV. Eadem ratio rerum legatarum. Res mea mihi legari non potest, si legata sit mihi, quamvis vivo testatore sit alienata, nihilo magis legatum [4] convalescet, quod ab initio non constitit. *L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Nec quisquam contrarium putet in hac specie, quod legitur in *L.* 1. *D. de reg. Cat.* his verbis: *item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur*. Non enim sic hæc verba interpungenda sunt, quasi dicatur fundus tibi legatus esse pure; de quo respondeatur, si eum vivo testatore alienaveris, nihilominus tibi deberi. Sed ita, ut dicatur, tibi tuus legatus esse sub hac conditione, si eum vivo testatore alienaveris; sitque hic interpunctionis comma, ac tum respondeatur hoc casu legatum tibi deberi. Loquitur enim illic Celsus de legato conditionali. In quo non mirum, si aliud servari dicit, quam regula Catoniana comprehensum est: quoniam regula ad legata conditionalia non pertinet: ut mox pluribus dicetur. Et vero de his legatis agere Celsum in *d. L.* 1. & conari probare, cur regula ad ea non pertineat, abunde declarat ratio, qua illic utitur, de qua item mox plura. Postremo ne quis dubitet exemplum superius apud Celsum ita accipiendum esse, ut dixi, sic rem brevius, & dilucidius expli-

1) Ita & Cuiac. 4. *Obs.* 4. Sed omnino aliæ sunt illæ iuris regulæ, non ex aliqua iuris nova constitutione sumptæ, ut Catoniana, sed (ut omnes fere aliæ *t. de R. I.*) ex mera iuris veteris ratione, ut recte A. Fab. 12. *Coni.* 19. *in fi. & ex not. infr. N.* 6. clare patescit. Neque illæ ad testamentorum caussam solum pertinent, sed & ad contractus, ac dispositiones inter vivos *L.* 83. §. 5. *de V. O. L.* 27. §. 4. *de pact.*

2) Hot. 2. *Obs.* 17. Actus civiles ex præsenti tempore statum capere oportet, non ex incerto, & futuro temporis eventu pendere *L.* 137. §. 6. *de V. O. & simil.*

3) Et tamen negant DD. Regulam hanc pertinere ad legata inutilis propter solam legatarii incapacitatem per *L.* 3. §. 2. *de I. Fisci*. Quos refellit A. Fab. 12. *Con* 20. Nam, inquit, *d. L.* 3. §. 3. loquitur de fideicommisso tacito, non de legato. At hæc regula de fideicommisso non loquitur, quibus nec tempore Catonis iuris fuit vinculum, & postea etiam maior eorum mansit favor quam legatorum. Deinde alia ratio est taciti fideicommissi quam expressi, cum illud, ex mera gravati fide pendens, nec ab eo per honoratum exigi possit, quippe nullas rei probationes habentem; Ideoque nec locus in eo quæstioni, an ex hac regula sit inutile; ita Faber qui tamen postea totum illum §. Tribonian. contra mentem IC. inseruisse prodit. Movetur. (1) quod decisioni illic propositæ, *exitum esse spectandum*, non conveniat casus ille, quo fideicommissarius tempore testamenti capax, tempore mortis autem incapax, *L.* 10. §. 1. *de his quæ ut indign.* qui tamen casus etiam ibi habetur in verbis, *vel contra*. Sed Resp. Non dicitur in *d.* §. 2. quod hoc casu fraus arguatur relinquentis, sed præsupposito, fraudem adesse, utrum solum consilium debeat spectari, an exitus. Potest autem etiam hoc casu quandoque fraus versari, quando scilicet relinquens cogitavit ex probabilibus caussis fore incapacem eum, cui relictum cupit, ex. gr. ob delictum, cuius tam reus postulatus est, deportandum esse, &c (2) ratio Fabri. Quia immo fraus non potest exitum habere, nisi uno illo casu, quo tempore relicti incapax, mortis tempore capere potest, ubi fraudem ab initio factam esse constat. Nam si & mortis tempore incapax sit, neque fideicommissario est persequutio, neque gravato retentio, sed fiscus id vindicat, ideoque nullus fraudis exitus. Resp. Hic vix tempero mihi, quin cum Comico exclamem. Næ intelligendo, &c. An enim quæso ideo fraudis exitus non est, quia fiscus vindicat; immo an non e converso, quia fraus exitum habere potest, vindicat fiscus? Sicuti & Pauliana actione repetuntur alienata, non consilio tantum fraudandi creditores, sed & eventu, & tamen per eam fit, quo minus cum effectu sint fraudati. Ita & hic voluntatem suam defuncti precibus accommodante onerato, & rem incapaci præstante, revera fit fraus LL. licet fiscus eam factam cognoscens, rem auferendo efficiat, quominus cum effectu LL. sint fraudatæ. At quando mortis tempore capax est, neutiquam potest dici fraus LL. facta: quippe quarum mens est, non tam ne relinquatur, (ex. gr. deportato, peregrino,) quam ne capiat.

4) Ita & Baro *in* §. *sed si rem* 10. *I. h. t.* accipiendam esse *d.* §. *ult.* si non ex Celsi auctoris, saltem ex Iustiniani mente scribens, & Pac. 6. Q. 7. Matthæ. *Lib.* 2. *Epie Log. C.* 20. *n.* 2. Vult. *in* §. *an servo* 32. *ipsi* 29. *n.* 1. Arumæ*in Instin* 9. *Th.* 5. Et recte licet dissensionem agnoscat. Cuiac. *in not. prior. d.* §. 10 *& ad L.* 16. *de V. O.* & Hot. *in d.* §. 10. *in fin.* hæc conciliare non esse meliorem operam ponere, quam si quis quadrare circulum nitatur. Quam ipsam tamen quadraturam possibilem esse contendit Bened. Perer. *Lib.* 10. *de Comm. Rer. natural. princip. C.* 19. *& seqq.*

plicat Paulus in *L. mea*. 98. *D. de cond. & dem.* Mea res, inquit, sub conditione mihi legari potest: quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Maneat igitur, regulam hactenus recte se habere, neque ei quidquam superius illud adversari. Quam late pateat, videamus.

V. Et regula generalis est, non tantum ad legata, quæ specialiter ita dicuntur, sed & ad heredum institutiones pertinens. Neque id ex mente tantum Catonis, ut Accursius notavit ad *L.* 3. *D. de reg. Cat.* sed etiam ex verbis. Unde postea dicitur, regula non pertinere, non ad institutiones generaliter, sed ad institutiones conditionales: ut intelligamus, ad 5 puras pertinere. Merito: nam & legandi verbum generale est, institutiones æque atque legata, & fideicommissa continens. *L. verbis. D. de verb. sign.*

VI. Etiam animadversione dignum, eamdem regulam esse perpetuam, si modo recte accipitur. Sed interpretatione indiget; quia quæ prima fronte generaliter scripta videtur, re vera ad omnia legata non pertinet, verbis etiam id efficientibus. Quo spectant in hac interpretatione regulæ veterum, quæ sequuntur. Ex quibus illa prima est, regulam Catonis ad institutiones conditionales, & legata conditionalia non pertinere. De institutionibus diser-

5) Consentit Cuiac. 4. *Obs.* 4. Hot. 2. *Obs.* 17. Ræv. *ad L. pen. de R. I.* Forner. 3. *Rer. Quotid.* 7. Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Leg. C.* 20. Contra paucis, ac obiter Balduin. *ad §. in extraneis I. de hered. qual. n.* 2. plenius Robert. 1. *Animadv.* 13. & Ant. Fab. 12. *Coniect.* 19. cuius præter textum *L.* 3. *hoc t.* hæ sunt rationes. (1) Quia Lex Catoniana de legatis solis loquuta, nihil cavit de institutione. (2) Nec cavit de legatis etiam, nec potuit cavere, nisi eo casu quo testamentum valeret. Alioqui frustra cavisset, ut inutile fieret, aut non convalesceret relictum in testamento, quod non subsistit. Et quod institutio ab initio vitiosa non convalescit, id fit ea regulis iuris antiqui *L. pen. de R. I.* non ex Catoniana. Nam illæ veteres regulæ, immo & ad institutiones conditionales pertinent, quæ, si non valent tempore testamenti conditi, non possunt valere deinde, etsi tempore conditionis impedimentum sublatum. Uti enim in pura institutione spectantur tria tempora Testamenti, Mortis, & aditionis; ita & in conditionatis æque tria Testamenti, Conditionis, & aditionis, vid. *not. li.* 6. *C.* 17. *N.* 25. Necesse est igitur diversam esse regolam Catonis ab illa antiqua, *L. pen. de R. I.* Nec arguat quis hinc, quod addendum puto ne quem id turbet. Ergo & legata conditionalia non valebunt propter regulas iuris antiqui. Nam non æque in his legatis tria requiruntur tempora, sed unum solum Conditionis. Quare in iis nec locus est regulæ Catonis ob rationem Don. nost. nec regulæ illi antiquæ *L.* 29. *L. pe. de R. I.* (3) Institutio inutilis ex eo æstimatur, quod testamentum inutiliter conditum, non ex eo, quod non valeret, si testator eo tempore moreretur. Verendum igitur non fuit, ne convalesceret, neque invenienda ex hac caussa regula a Catone. Secus est in legatis, quæ iure veteri valuere, licet, si testator moreretur testamenti tempore, non fuissent valitura, modo testamentum sobsistat. Nam si testamentum ac institutio valet, omnia etiam in eo contenta. Quare necessaria fuit regula Catonis ne valerent. (4) Quæ iam sunt inutilia, non possunt denuo infirmari. Institutio autem nulla fingi potest, quæ si ab initio vitiosa, posset (etsi regula Catonis nulla esset) ex post facto convalescere. Quare regula Catonis ad eas nec necessaria est, nec in eis ullum locum invenit. Institutionis validitas non aliunde, sed illa ex se vires capit cum sit fundamentum testamenti. Quare necesse est in ea attendi tempus testamenti conditi: Legatorum vero validitas pendet ea institutione. Quare cum illa utilis est, necesse est tantum in legatis attendi id tempus, quo deberi incipiunt, videlicet Mortis, si pura, aut conditionis, si eam adiectam habeant. Nec spectaretur tempus testamenti etiam in puris legatis, nisi regula Catonis exstaret, quæ infirmat legata alias valitura. Hæ rationes Fabri, cui in hoc non possum non assentiri. Et sane licet Don. noster velit in legatis puris spectari etiam tempus testamenti, vid. *supr. C.* 6. *N.* 4. licet tamen contra ipsum eius argumentum retorquere, quo probat in conditionalibus solum conditionis tempus attendi. Nam uti conditionale in eventum conditionis dilatum, ita & purum in mortis. Atque si quæ ratio tempus mortis in institutione spectari exigit, ut consistat institutio, ei locus non est in legatis, quæ per se sola non consistunt, sed ut accessoria, ex institutione pendent. Sed quid *ad. L.* 4. *h. t.* Rob. *d. C.* 13. cum Acc. sic interpretatur, quod non pertineat ad legata pura relicta testamento, cuius institutio conditionalis, quia & illa quoquo modo conferantur in incertum eventum. Qua interpretamento nihil absurdius esse Cuiac. 1. *not. Merc.* 13. ac refellit Faber. *d. C.* 19. & quia a verbis alienum, & quia horum legatorum dies æque e morte testatoris cedit, *L.* 107. *de cond. & dem. L.* 7. *§. pen. L.* 21. *§.* 1. *Quan. di. leg.* Ipse autem vocem, *conditionales*, ut quæ sit glossographi inepti, expungit. Tentari potest retenta ea voce *d. L.* 4. non obstare, nec a contrario sensu inde arguendum esse. Vel enim de conditionalibus institutionibus. Resp. IC. quia de iis quæsitus, vel quia ad propositum ipsius id satis erat (quemadmodum, in simili, minus recte quis inferet ex *L.* 22. *de don.* donationem esse contractum stricti iuris. Ideo enim ibi Modestinus negat, esse contractum bonæ fidei, quod id ad propositum, quod ipsi erat ostendendum, sufficeret, non propterea asserens, esse contractum stricti iuris, quia id ad præsens institutum, esset nec ne nihil intererat) vel quia de conditionalibus solis dubitabatur, locusne in illis esset regulæ Catonis, de puris autem erat res expeditior quod non sit. Movere potuit, quod in conditionali institutione non sit attendendum tempus mortis, sed pro eo tempus evenientis conditionis *L.* 59. *§.* 4. *de her. inst.* Quare iusta dubitatio, an & tempus testamenti in ea spectari debeat. Nam si pura institutio facta. Ex. gr. Mævius heres esto, isque tempore testamenti sit peregrinus, vel incapax, apertissima iuris ratio omnibus monstrabat institutionem non subsistere, quia in præsens tempus collata esset, atque adeo, si testator statim decederet, etiam statim effectum sortitura, si rata esset. Certum itaque erat, & nulli dubium, huiusmodi institutionem, quacunque postea sequuta status mutatione, non subsistere, non quidem ob regulam Catonianam, sed ob regulam iuris Catone antiquiorem, *d. L. pen. d. L.* 29. *de R. I.* quæ sane dextre intellecta vel nunquam, vel rarissimis casibus fallit. Contra si conditio institutioni adiecta, scilicet Mævius (qui incapax erat) heres esto, si Titius Consul factus fuerit; quia institutio, nec præsenti tempore, nec statim post obitum testatoris effectum ex ipsius voluntate habere debuit, videri poterat sufficere, si scriptus testamento heres, eo, quo conditio eveniret tempore, capere posset, quasi institutio conditionalis, ante eventum conditionis, neque utilis, neque inutilis, sed omnino nulla dici, ac censeri deberet. Quo posito (quod falsum quidem, probabiliter tamen videri potuit) consequens erat, regulam illam iuris antiqui, & omnibus dispositionibus etiam inter vivos communem, quæ initio vitiosa, tempore valorem sumere vetat *d. L.* 23. *de R. I.* cessare. Quare videbatur superesse quæstio, An regula Catoniana saltem ad has institutiones esset extendenda: id est an huiusmodi heres, qui tempore testamenti capere non potuit, si conditionis tempore posset, si non ipso iure, ea regula *d. L.* 29. *d. L. pen. de R. I.* saltem vigore Catonianæ regulæ, quo minus sibi hereditatem asserat, arceatur? Hoc negat IC *d. L.* 8. Nimirum quia hic non minus ac in pura institutione locus est rationi iuris, & regulæ communi, *L.* 29. *de R. I.* ut Catonianæ regulæ, legatis propriæ, subsidium, nec desideretur. Ac non minus ipso iure inanis, & invalida initio institutio, non vero aliquo remedio, quasi aliquando constiterit, rescindenda vel infirmanda.

diserte scriptum in *L. pen. D. de reg. Cat.* [6] Exempla hæc sunt. Finge, deportatum institutum esse sub conditione, eum capere poterit, aut sub alia quavis, & tempore expletæ conditionis capere posse. Recte institutus est, & capax factus hereditatem capiet. *L. in tempus.* 62. *D. de hered. inst.* Finge etiam, servum eius, qui capere non potest, heredem institui, & ante quam iussu domini adeat hereditatem, manumissum, alienatumve esse. Scriptum est in *L. si servus eius*, 82. *D. de acq. her.* ipsum ad hereditatem admitti, ut si manumissus fit, ipse fiat heres: si alienatus, novum dominum heredem faciat. Atqui non est eum servis testamenti factio, nisi ex persona dominorum. *L. non minus. D. de her. instit.* Fingamus autem, cum huius servi domino testamenti factionem ab initio non fuisse. Ita regula Catoniana facit, ut, quandocumque testator postea decesserit, institutio non convalescat Sed regula Catoniana ad conditionales institutiones non pertinet. Huiusmodi autem est omnis servi alieni institutio. Habet enim has conditiones, ut si servus manumissus sit ante aditam hereditatem, ipse sit heres. Si sit a domino alienatus, novum dominum heredem faciat. In eadem conditione manens, veteri domino acquirat, si, eo iubente, possit hereditatem acquirere. *arg. in L. si paterfamilias.* 40. *D. de her. inst.*

VII. De legatis conditionalibus exemplo declaratum in *d. L.* 1. *D. eod.* Exemplum id, quod ante retuli: veluti, si tibi legatus sit fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum, vivo testatore, alienaveris, id est, si legatus sit hac conditione, si eum vivo testatore alienaveris: hic, inquit Celsus, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset; quippe rei tuæ legatum, quod iure non valet. Cur ergo hic valet? Quia est conditionale, relictum sub conditione, si fundum, vivo testatore, alienaveris. De quo satis dixi paulo ante.

VIII. Constat igitur, regulam Catonianam ad conditionalia tum legata, tum institutiones non pertinere: hoc sensu, ut quanvis quid legatum sit; quod si initium spectaremus, non valeret; tamen utile sit, si tempore exsistentis conditionis utiliter relinqui potuit; ut hoc potius tempus spectemus, quam facti testamenti. *d. L. mea.* 98. *D. de cond. & dem.* An ut ista excipiantur a regula, & hactenus regula falsa sit, hæc ita dicimus? Immo ideo, quia verbis regulæ non continentur. Quod Celsus innuere voluit in *L.* 1. *de reg. Caton.* Dum negat hanc obiectionem facere, ut regula falsa sit. In quo hac ratione utitur, quod dicat, regulam loqui de legato inutili; quod autem sub conditione legatur, quamdiu pendet conditio, magis non datum legatum dicendum esse, quam inutiliter datum. Qua eadem ratione efficitur, ut hic non anteriora tempora, sed solum expletæ conditionis tempus spectari oporteat, ut est in *d. L. mea.* Sic enim recte colligas: Nullum legatum ex eo tempore spectandum est, ex quo non est relictum. Non relinquitur autem legatum conditionale ante, quam conditio exstiterit: utpote in eius conditiónis eventum dilatum. Non ergo legatum conditionale ex anteriore tempore, æstimandum est, sed ex eo primum, quo conditio extitit.

IX. Hæc regula de conditionalibus relictis recepta aliam peperit. Nam si regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet: non solum non pertinebit ad ea, quæ expressam conditionem habent, sed nec ad ea, quæ habent tacitam. Omnia enim æque conditionalia. Hinc ergo, ut dixi, nata altera regula, quæ traditur in *L.* 3. *D.* de reg. Cat. *Catonianam regulam non pertinere ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.* Quomodo igitur nata hæc regula ex illa superiore? Quia quorum legatorum dies cedit post aditam hereditatem, ea relinqui intelliguntur sub tacita conditione; nempe hac, si hereditas adita fuerit. Necesse est enim omnium legatorum aut venisse diem, aut cessisse; aut si neutrum horum est, esse conditionalia. *L. cedere, D. de verb. sig.* aut certe pro conditionalibus haberi. Istorum dies ante aditam hereditatem ne cessit quidem, nedum venerit. Conditionalia igitur sint,

opor-

6) Hæc exempla non conveniunt, nec probatæ a nobis sententiæ *N. prac.* obsistunt. Nam sub ea unica conditione sustinetur incapacis institutio, *si capere poterit*, idque benevolentiæ est, non iuris *d. L.* 62. ut appareat id non esse ex defectu regulæ Catonianæ in conditionali institutione. Nam sub alia conditione factam institutionem incapacis (ex. gr. Deportati sub ea: Si navis ex Asia redierit) sustineri, si interim incapacitatis impedimentum cesset, probari ex nullo loco potest. Et specialitas forte inde, quia ibi instituitur tanquam, & quatenus capax, quod in alia quavis conditione adposita dici nequit. Nihil igitur verius, quam conditionalem institutionem incapacis irritam manere, etsi ante conditionem capax heres scriptus redditus: non quod id regula Catoniana efficiat, sed antiquior illa latiusque patens *d. L.* 29. *de R. I.* cum in conditionali institutione æque tempus testamenti, ut eo sit testamenti factio cum herede, qui instituitur, attendatur *L.* 49. §. 1. *de her. inst.* ibi *ut constiterit institutio*, cui rationi æque in conditionali institutione locus est. *L.* 82. *de acq. her.* de pura institutione loquitur; de cuius sensu veriori vid. *supr. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 10.

oportet. Illam conditionem nimirum inclusam habentia, quam dixi. Quod si sunt conditionalia, pertinent utique ad superiorem definitionem, ut merito dicatur, Catoniana regula ad ea non pertinere. Quorum autem legatorum dies non cedit nisi post aditam hereditatem, ea sunt, quæ sunt personalia, quæ eadem ad heredes non transferuntur: ut libertas servo relicta, legatum servo in testamento manumisso datum ususfructus, usus, habitatio. *L. unica. §. libertatibus. C. de cad. tol. L. 2. L. 3. L. si habitatio. 9. D. quan. di. leg. ced.* Ad ista cum dicimus, regulam Catonianam non pertinere, hoc dicimus, si quid horum relictum sit, quod si statim testator decessisset, inutile foret, nihilominus valiturum, si is, cui relictum est, tempore aditæ hereditatis capere potuerit. Finge, usumfructum legatum esse deportato, & eum ante quam adiretur hereditas, restitutum in civitatem. Utile legatum erit, & cui datum erat, usumfructum consequetur. Sit & hoc exemplum, quo veteres non uno in loco utuntur. Proprius servus a domino liber esse iussus est sub conditione. Eidem legatum a domino pure datum; quod certe, si tempus scripti testamenti spectemus, nullius momenti sit; quia servo proprio nondum manumisso legari nihil potest. Placet tamen, si conditio libertatis ante aditam hereditatem impleta sit, legatum manumisso deberi; quia hoc modo futurum sit, ut, tempore aditæ hereditatis utriusque rei dies cedat, & libertatis, & legati, quod libertatis conditionem sequitur. *L. quæsitum. 91. §. 1. D. de leg. 1. L. Iulianus. 86. §. 1. D. de cond. & dem.* Nec impedimento erit regula Catoniana, quæ, ut non pertinet ad legata conditionalia, ita nec ad ea, quorum dies ex tempore aditæ hereditatis cedit, quæ & ipsa tacitam hanc conditionem habent, si hereditas adita fuerit.

X. Illud notandum, quod dicitur in *d. L. 3.* de reg. Cat. *regulam Catonianam non pertinere ad hereditates*, non generaliter esse accipiendum, sed cum ea demonstratione, quæ sequitur in extremo, quæ pariter ad utrumque subiectum præcedens referatur; ut intelligamus hereditates tales, qualia sunt legata, de quibus subiicitur, id est eas, quarum dies ex tempore aditæ hereditatis cedat, quales sunt interdum [7] fideicommissariæ. Certe talis erit fideicommissaria, quam dominus servo sub conditione manumisso iusserit restitui. Tale enim esset legatum ei servo datum, de quo supra diximus. Cæterum quominus definitio de omni hereditate accipienda sit, prohibet illa superior, quæ definit, regulam Catonianam non ad omnes hereditates, sed solum ad conditionales non pertinere.

XI. Etiam hanc secundam regulam alia tertia secuta est, quæ traditur in *L. ult. de reg. Cat.* in hæc verba: *regulam Catonianam ad novas leges non pertinere.* Quod quidem proximæ superiori consequens fuit, ut diceretur. Nam si regula Catoniana non pertinet ad ea legata, quorum dies ab adita hereditate cedit; quia non statim cedit a morte testatoris: consentaneum est, nec ad ea pertinere, quorum diem cedere placet ex alio quovis tempore, quam mortis testatoris; quia utraque legata habent hanc conditionem, si illud tempus venerit, ex quo legati dies cedit. Atqui id tempus statuitur novis istis legibus, quæ hic nominantur. Sciendum est enim leges novas testamentarias ad legatorum vim pertinentes, hic accipiendas esse, [8] Iuliam de bonis vacantibus, & Papiam de caducis. Quæ leges cum lege duodecim tabularum, & aliis omnibus anterioribus collatæ, vere novæ erant, & solæ legata alioqui ab initio recte relicta, certis conditionibus post vacare, & caduca fieri iubebant: vacantia, & caduca facta in fiscum redigebant. Fuisse autem has leges [9] duas, non unam, quæ modo Iulia, modo Papia diceretur, declarant inscriptiones veterum, qui ad has leges, scripserunt. Sic enim ubique illæ conceptæ sunt, ad legem Iuliam, & Papiam disiunctim, ut in diversis legibus nominandis fieri solet, non autem ad legem

7) Govean. 2. *Var. Lect.* 29. intelligit hereditatem relictam servo legato, cuius dies, nisi adita hereditate, non cedat *L. un. §. 6. C. de cad. toll.* Balduin. *in Comm. ad Reg. Caton.* refert *d. L.* 3. ad omnes fideicommissarias hereditates, quarum dies post aditionem cedat, cum ante non restituantur, referente & reprobante Robert. 1. *Animadv.* 11. ubi demonstrat, restrictionem illam in verbis, *quorum dies, &c.* tantum referri ad legata, (non convenire institutioni, Forner. 3. *Rer. Quotid.* 7.) ad substitutionem pupillarem, & universalia fideicommissa. Ræv. *ad L. pen. de R. I.* intelligit hereditates legitimas; absurde, cum de caussa testamenti regula loquatur. Cuiac. 4. *Obs.* 4. pro *hereditates*, reponit *libertates*, notatus ab Hot. 2. *Obs.* 17. nihilo tamen felicius expediente. Sed vera est recepta lectio *d. L.* 3. & perpetua illius sententia, per dicta *N.* 5. 6.

8) Ita & Cuiac. 4. *Obs.* 4. A. Fab. 12. *Conj.* 19. P. Fab. *ad L.* 201. *de R. I.* Ræv. *ad L. pen. de R. I.* intelligit legem Iuniam Norbanam de Latinis, & Iuliam, ac Papiam de orbo cœlibe Io. Dauth. *de Testam. n.* 319. exponit de statutis. Ut si statuto caveatur, ne quis forensi leget, &c. Aliter Conn. 10. *Comm.* 5. *in fin.* sic exponens, id est non adnumeranda novis LL. cum nihil novi disponat; sed quod XII. tabb. cautum, disertius tradat. Quod non puto, per dicta sup. *N.* 5.

9) Et distinguuntur aperte *Tit.* 14. Ulp. vid. Gœd. *ad L.* 128. *de V. S. n.* 1. Robert. 1. *Animadv.* 1. Cuiac. 1. *not. Marc.* 1. Diss. Balduin. *Tr. de lege Papia.*

gem Iuliam Papiam. Occurrent frequenter hæ inscriptiones in Pandectis; sed constanter in *L.* 51. & decem sequentibus. *D. de leg.* 1. Legis Iuliæ bona vacantia ad fiscum revocantis mentio est in *L. quidam*, 96. *§.* 1. *D. de leg.* 1. sed quo ex tempore voluerit illa legati diem cedere, non est ita certum. De lege Papia certum ex his, quæ de hac lege retulit Iustinianus: *L. unica.* in princip. & *§.* 1. *Cod. de caduc. toll.* Scribit enim lege Papia effectum esse, ut legatorum, quæ personalia non essent, non iam amplius dies a morte testatoris cederet, ut ius antiquum erat, sed cederet ab apertura tabularum, cuius iuris multa vestigia in Pandectis extant, quæ Accursius collegit ad *L.* 3. *§. ultim. D. de hered. instit.* Negat ergo definitio superior, regulam Catonianam ad eas leges pertinere: ut sit sensus, si quod legatum eiusmodi sit, quod ab initio non valeret, si id initium spectaremus, id deinceps post eas leges tale futurum, ut nihilominus valeat, si tempore apertarum tabularum in ea caussa sit, ut si tunc daretur, valere potuerit. Sed abrogatæ sunt eiusmodi omnes leges a Iustiniano, & generaliter cautum, ut legatorum, vel fideicommissorum pure, vel in diem relictorum dies a morte testatoris cederet. *d. L. unica. §.* 1. *de cad. tol.* Quibus sublatis, & definitionem postremam superiorem sustulit, & regulam Catonianam in legatis magis confirmavit.

C A P. XIV.

De forma, & modo legandi: sive quibus solemnibus quid legari fideive committi possit: qua incertitudine legati; tum quibus rebus legato adiunctis. In quibus hæc esse solent quinque *Demonstratio*, *Caussa legati*, *Dies*, *Conditio*, *Modus*. Quid in his adiiciendis iure liceat, aut non liceat.

Modus legandi tribus in rebus versatur; & quibus nam. I.
Legatum aut testamento relinquendum, aut codicillis; alterutro iudicio in suo genere perfecto. II.
Ex inofficioso, aut irrito testamento non debetur, nisi rescissum sit ex causa exheredationis, vel præteritionis. III.
Neque ex epistola, nisi ea significet de fideicommisso, de quo ante caverit testator in testamento. IV.
Quid novi in hac re, deficientibus testibus, induxerit Iustinianus. V.
Incertitudo *legatum vitiat, si tanta sit, ut non intelligatur quid, aut cui legatum.* VI.
Extrinsecus adiiciuntur legata hæc quinque: demonstratio, causa, modus, dies, conditio. VII.
Quid sit demonstratio. VIII.
Quid causa. IX.
Quid conditio. XI.
Quid modus. XII.
Dies a conditione cum distinguitur, certus *intelligitur.* X.
Hæc omnia recte legatis adiiciuntur. XIII.
Demonstratio ne falsa quidem nocet. XIV.
De causa ius idem. XV.
Immo, si falsa sit, multo minus nocet, quam falsa demonstratio. XVI.
Si ad diem, aut certam conditionem legatum relictum est, post diem, aut conditionem existentem ipso quidem iure deberi non desinit, sed petenti obstabit doli mali exceptio. XVII.
Si modo legatarius non pervenit, legati repetitio est. XVIII.
Nonnunquam demonstratio legato obest: frequentius quidem falsa, interdum tamen & vera. XIX.
Falsa, aut cum rem certam indicat, quæ in rerum natura non reperitur, aut cum exit in conditionem. XX.
Illud accidere duobus modis. XXI.
Uno, si res circumscribatur loco, in quo non est. XXII.
Altero, si verbis quidem res certa exprimatur, sed vi ipsa alia res legetur, quæ non extet. XXIII.
Abit demonstratio in conditionem dupliciter. XXIV.
Apertis verbis testatoris. XXV.
Item ex tempore, si in futurum confertur. XXVI.
Demonstratio vera vitiat legatum si turpis. XXVII.
Falsa causa tum obest legato, cum appa-ret,

ret, alias teſtatorem legaturum non fuiſſe. XXVIII.
Deprehenditur id dupliciter. XXIX.
Ex ſermonibus teſtatoris. XXX.
Item ex conceptione legati, ſi cauſſa conditionaliter concepta. XXXI.
Conditio impoſſibilis natura, *aut* iure *pro non adiecta habetur*. XXXII.
Captatoria, *& quæ in alienam voluntatem confertur legatum vitiat*. XXXIII.

I. COgnitis perſonis ad vim, & ſubſtantiam legati pertinentibus, tanquam cauſſa legati efficiente; tum iis rebus, quæ legari fideive committi poſſint, in quibus eſt tanquam materia legati: ſequitur legandi forma, & modus: in quo & ipſo pleraque incidunt, quæ aut legatum vitient, aut ipſa per ſe improbentur. Modus legandi tribus in rebus verſatur; in ſolemnibus voluntatis ſupremæ; in certitudine, aut incertitudine legati; tum in rebus legato adiunctis.

II. Solemnia in primis ad hunc modum, & formam legandi pertinent: quæ eiuſmodi ſunt, ut, niſi recte adhibeantur, fruſtra ſit, quidquid de legato poſtea caveris. Ea ſunt, ut aut teſtamento relinquatur legatum, aut codicillis. Legari olim ſolo teſtamento licebat. *§. præterea. Inſt. de fid. her.* Hodie poſtquam quod in fideicommiſſis eſt, datum eſt legatis, etiam codicillis & legata, & fideicommiſſa recte relinquentur, de quo dixi ſupra huius Libri Cap. II. cum de differentiis, quæ inter hæc eſſent apud veteres ageremus. Interim cum ſupremæ omnis voluntatis iure teſtandæ duæ tantum formæ ſint, teſtamentum, & codicilli, *L. ult. §. ul. C. de cod.* Alterutra teſtatione legata, & fideicommiſſa relinqui oportet. Et ea quidem teſtatione, quæ in ſuo genere iuſta, & perfecta ſit. Nam imperfectum teſtamentum non eſt teſtamentum, nec imperfecti codicilli pro codicillis habendi. *L. ex ea. D. qui teſt. fac. poſ. L. ult. §. ul. C. de ad.* Ideo ex imperfecto teſtamento nec legata, nec fideicommiſſa debentur. *L. ex imperfecto*. 23. *D. de leg.* 3. *d. L. ex ea. qui teſt. fac. poſ.* Sic nec ex imperfectis codicillis. *L. ſi veritas. C. de fidei.*

III. Sed & teſtamento inofficioſo pronuntiato, aut irrito facto, nihil ex teſtamento deberi potuit olim. *L. Papinianus. §. ult. D. de inof. teſt. L. eam quam. C. de fideic.* Hodie idem iuris eſt, ſed cum hac exceptione, niſi teſtamentum reſciſſum ſit ex cauſſa præteritionis vel exheredationis. *auth. ex cauſſa. C. de lib. præt. vel exh.* De quo dixi Lib. VI. Quod ſit iuſtum teſtamentum, expoſuimus eodem Lib. VI. Qui iuſti codicilli, & quodnam eorum ius eſſet, ſcripſi libro ſuperiore.

IV. Legimus alicubi, fideicommiſſum conſiſtere, de quo frater miles ad ſororem ſcribens epiſtola caverat. *L. miles*. 75. *D. de leg.* 2. Sed militis quavis voluntas rata eſt ex privilegio militum, ſi modo ſit iure militari teſtatus. *L.* 1. *D. de mil. teſt.* Alioqui aut epiſtolam accipere debebimus, quæ quinque teſtes habuerit, & reliquam probationem codicillorum. *d. L. ult. §. ul. C. de cod.* aut eam epiſtolam, quæ ſignificet de fideicommiſſo, quod frater probaverit teſtamento, aut codicillis, ut fit in *L. aſſe*. 77. *D. de her. inſt. L. ſi ita ſcripſero*. 38. *D. de con. & dem. L. inſtitutio. D. de cond. inſt.*

V. Sane, ſi, deficientibus teſtibus, legatarius dicat, heredem ſatis ſcire legatum ſibi relictum eſſe, & rem committat iureiurando heredis, ut iuret ſe neſcire, aut ultro fateatur: Iuſtinianus hic novum ius induxit, ut vellet legatum præſtari [1], ſive heres fateatur relictum eſſe, quanvis nullis adhibitis teſtibus: ſive iurare nollet, ſe de eo quidquam ſcire. Ea eſt *L. ult. C. de fid.*

VI. ad *modum legati* ſecundo loco pertinet certitudo, aut incertitudo legati. Quo in genere incertitudo interdum legatum vitiat: ſed ea quæ tanta ſit, ut non intelligatur, quid, aut cui legatum ſit. *L. 2. D. de bis quæ pro non ſcrip. hab.*

L. 4.

1) *§. ult. I. de fideicomm. hered.* Et ſic fideicommiſſum contra iuris ſubtilitatem ex iureiurando, vel recuſatione iuriſiurandi ſuſtinetur. Vult. *in d. §. ult.* Quod tamen non ita indiſtincte accipiendum, quaſi teſtamento ob defectum ſolemnium irrito, fideicommiſſa in eo valeant. Sed ut recte Forcat. *Dial.* 14. *n.* 10. Quando ſcriptus heres ex eodem teſtamento adiit hereditatem, nimirum, quia controverſia ei facta non eſt, ubi non poteſt allegare in legatarios, & fideicommiſſarios teſtamenti ſolemnibus defici. Nec enim ferendus, qui ex teſtamento lucrum captans, onera refugit. Facit *L. ex qua perſona* 149. *de R. I.* Teſtamento autem everſo, legitimos heredes ad præſtanda relicta non teneri, nec oneri iuriſiurandi ſubiici poſſe omnino credidenm (1) Quia *d. L. ult. verſ. cum autem is*, hac neceſſitate adſtringit eum, *qui ex voluntate defuncti aliquid lucratur*. Legitimus non habet ex voluntate defuncti, qui immo eum excluſum voluit. (2) Quia ſic punitur perfidia heredis eius, cuius fidem defunctus ſequutus, quam fidem is adimplere recuſat *d. §. ult. I. de fid. hered.* Sequutus autem eſt fidem heredis ſcripti, non legitimi, niſi & eum rogaverit forte codicillis. Vid. *ſupr. C.* 8. (3) Quia licet & legitimorum fideicommitti poſſit, nunquam tamen alius præſtat, quam qui rogatus, & gravatus. Vid. opt. *d. C.* 8. *N.* 2. Non autem accedo A. Fabro contendenti 67. *de Err. Prag.* 7. *&* 3. *ſeqq.* hoc ius eſſe fideicommiſſis proprium, nec ad alia teſtamento relicta etiam poſt exæquationem legatorum extendendum.

L. 4. *D. de reb. dub.* Hinc ita legata nulla: si quis, nulla quantitate adiecta, leget Seio, quod sibi Titius debet, neque [2] Titius debeat; aut nulla item quantitate adiecta, quod Titio debet, ei leget, ubi ipse Titio nihil debeat. Evidenti ratione utrumque inquit Ulpianus, quia non appareat, quantum sit legatum: *L. si sic legatum.* 75. §. 1. *D. de leg.* 1. Hinc legatum quoque fundi, & legatum domus relictum ab eo, qui nullas ædes, nullum fundum reliquerit, propter nimiam incertitudinem inutile. *L. cum post.* §. *gener. D. de iur. dot. L. si domus*, 71. *in pr. D. de leg.* 1. Nisi si quis malit harum rerum posteriorum legatum, ad res, quæ inutiliter legantur, referri, quia sint eiusmodi, quæ legatæ, si præstandæ sint, nullam utilitatem legatario adferant, ut quæ ad minimam, vel potius ridiculam summam redigantur. Sed tamen & hoc ipsum ex incertitudine nimia legati nascitur, ut ostendi ad *L. ubi autem* 75. *D. de verb. obl.* Eadem incertitudo si in persona legatarii incidet, æque legatum inutile facit. Ut, si testator leget Titio centum, & duo sint Titii, neque certum sit, de quo testator senserit: neutri legatum debebitur. *L. si fuerit.* 10. *D. de reb. dub. L. duo. D. de test. tut.* Si tamen inter istos sit controversia de voluntate testatoris, ut uterque de se testatorem potius sensisse contendat, uter eorum id de se probaverit, ille admittetur. *L. falsa*, 33. *in pr. D. de cond. & dem.*

VII. Pertinet tertio loco & ad legandi modum, quidquid est, quod rei legatæ extrinsecus adiicitur. Quo in genere hæc sunt quinque, de quibus quidem dubitari soleat, *Demonstratio, Caussa, Dies, Conditio, Modus.* Quæ, die excepto, comprehensa videmus in inscriptione tituli de *cond. & dem. D.* Sic autem in usu iuris cum de legatis agitur, horum verborum significatio est.

VIII. Demonstratio [3] est oratio, & adiectio omnis extra nomen, rei demonstrandæ, designandæve caussa adhibita. Indicat *L. demonstratio*, 17. *D. de cond. & dem.* Exempla idem locus suppeditabit, item §. *huic proxima. Inst. de leg.*

IX. Caussa legati non quævis caussa hic intelligitur, sed caussa ex præterito sumpta, qua se motum testator dicit, ut quod legat alicui, legatum velit. Ut, Titio decem, quia negotia mea curavit: Cornelio filio meo centum, quia frater eius tantumdem de arca sumpsit. *d. L. demonstratio*, 17. §. 1. *de cond. & dem.* §. *longe. Inst. de leg.* Et breviter caussa legati, nihil aliud hic est, quam ratio legandi, seu ratio addita, cur ita leges. Unde & Papinianus rationem legandi vocat in *L. cum tale*, 72. §. *falsam. D. de cond. & dem.* Non quod caussa generaliter non significet caussam impulsivam, & finalem: sed quia quod nunc dicitur de verbo *caussæ*, ibi dicitur, cum tractatur illa regula, falsam caussam legato non nocere. Ubi caussa *falsa* intelligi non potest, nisi præterita, de qua sola dici potest, eam veram esse, aut falsam.

X. *Diem* a *conditione* cum distinguimus, ut nunc, diem *certum* intelligimus. Nam dies incertus in testamentis conditionem facit. *L. dies*, 75. *D. de cond. & dem.*

XI. *Conditio*, est adiectio omnis, qua in futurum eventum differtur id, quod dicitur, promittitur, legatur; ut decem Titio dari volo, si navis ex Asia venerit; si illud, aut illud factum fuerit, aut non fuerit. §. *sub conditione. Instit. de verb. obl.*

XII. *Modum* legati specialiter cum dicunt veteres, seu cum aliquid legatum sub modo, hoc verbo significant caussam legandi in futurum collatam, dum se dicit testator aliquid legare, ut aliquid fiat, sequatur, ut, Titio centum, ut monumentum ædificet, ut Stichum manumittat, & si quæ sunt similia, quæ propter legatum velit sibi præstari. Declarant exempla *d. L. demonstratio.* 17. §. *ult. de cond. & dem.* Ita sub modo aliquid legare idem est, quod in contractibus dicimus dare quid ob rem, seu ob caussam id est, ut illud, aut illud facias, ut, caussa non secuta, sit repetitio. *L.* 1. *D. de cond. caus. dat. L. si militem. L. cum ancillam. C. de cond. ob caus. Modus* dictus, quasi legati moderatio quædam, cum quod legatur, datur quidem pure: sed temperatur hactenus, ut aliquid vicissim fiat, aut detur. In his adiiciendis quid iure liceat, aut non liceat, nunc quærimus.

XIII. Et de omnibus sic regulariter recte definierimus, recte omnia legatis adiici, ut neque improbentur ipsa per se, & multo minus adiecta legato noceant.

2) Aliud erit si Titius debeat, licet exceptione tutus sit, arg. *L.* 28. *pr. de leg.* 1.

3) Quæ a conditione differt, quod hæc futuram rem ostendit, demonstratio factum, *L.* 34. §. 1. *h. t.* P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 53. vid. Cuiac. 2. *Obs.* 39. a caussa, quod illa præteritum respicit, hæc præsens tempus concernit, Matthæac. *Lib.* 3. *Epit. Legat. C.* 11. *n.* 3.

XIV. Demonſtratio quidem ita libere adiicitur, ut placeat, nec, si 4 falſa sit, eam aut legatario, aut fideicommiſſario, aut heredi inſtituto nocere. *d. L. demonſtratio*. 17. *L. falſa*. 33. *de cond. & dem.* Merito; ut enim nomine, ita & demonſtratione ad rem significandam utimur. Quinimmo demonſtratio vice nominis fungi dicitur. *L. certum. D. ſi cer. pet. L. nominatim*. 34. *D. de cond. & dem.* Quare quod de nomine iuris eſt, idem oportet eſſe & de demonſtratione. Atqui ut eſt in *§. ſi quidem. Inſt. de leg.* nomina rerum, atque hominum significandorum cauſſa inventa ſunt. Ut conſequens sit, si res alio modo intelligi poſſint, nihil intereſſe: Et recte, fruſtra enim, re iam cognita, quæreremus nomen ad id de re obtinendum, quod iam habemus. Idem igitur & in demonſtratione intelligendum eſt. Huc pertinet ratio Ulpiani de demonſtratione: quidquid, inquit, demonſtratæ rei additur ſatis demonſtratæ, fruſtra eſt. *L. 1. §. ſi quis. D. de dot. prel.* Si fruſtra: perinde habendum, quasi adſcriptum non eſſet. Neque vero legato nocere poſſunt, quæ nulla ſunt, aut pro nullis habentur.

XV. De *cauſſa* ius idem, ut quanvis etiam falſa adiecta sit, legato non noceat. Utputa, teſtator ita ſcripsit: lego Titio centum, quia negotia mea curavit. Etiam si legatarius negotia non curarit, nihilominus centum debebuntur. *d. L. demonſtratio*. 17. *§. 1. de con. & dem. §. longe. Inſt. de lega.* Si teſtator ſcivit, negotia ſua curata non eſſe, nulla dubitatio. Non enim decipitur, qui non ignoravit. *L. 1. in ſi. D. de act. em. L. 1. §. ſi intelligatur D. de ædil. ed.* At quid, si putavit curata eſſe, & falſo id sibi perſuaſit? Et regula ad hunc quoque pertinet. Nam & in contractibus, si quis quid alteri dedit ob hanc cauſſam præteritam, quod cui datur, negotia dantis curaſſet: etſi factum non ſit, & qui dat, in eo erret, datum tamen conſiſtit, nec repeti poteſt. Quia, inquit Paulus, qui dedit, donare voluit. *L. in ſumma. §. 1. D. de cond. ind.* Omnino: ſcivit enim is, qui dabat, ſe ob negotia ſua gratis ab alio geſta, nulla neceſſitate remunerandi ei teneri. Quocirca ſi nihilominus dedit recte dicitur donare voluiſſe: ſi quidem donari intelligitur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari. D. de don. L. donari. de reg. iur.* Quæ ſi in contractibus ſervantur: multo magis in ſupremis voluntatibus valebunt, in quibus omnia plenius interpretamur, quo magis voluntas exitum habeat. *L. in teſtamentis. D. de reg. iur.* Quid in his exсipiatur dicam poſtea. Nunc ſolum attingo prius, quod de iſtis rebus adiectis regulariter traditur.

XVI. Illud expendendum, quod dicitur in *§. longe. Inſt. de lega.* non ſolum falſam cauſſam non obeſſe legato, ſed multo minus nocere, quam demonſtrationem. Quod longe ſecus videri poterat, cum in demonſtratione etiam vera, nulla cauſſa ſit, cur teſtator, iſta demonſtratione addita, potius rem legatam velit, quam demonſtratione omiſſa: in ratione autem legandi ſit cauſſa ſaltem impulſiva, quæ teſtatorem moverit, ut rem legare vellet, & dicere ſolemus, ceſſante cauſſa, ceſſare effectum, quem illa cauſſa peperit. *L. quod dictum. D. de pact.* Papinianus rem expedire videtur in *L. cum tale. 72. §. falſam. D. de con. & dem.* cum ait ideo falſam cauſſam legato non obeſſe, quia ratio legandi legato non cohæret. Sed quid hoc, dixerit aliquis, ad id quod propoſitum eſt, expediendum? Quid enim? An magis demonſtratio legato cohæret, quam cauſſa? Dici poſſe non videtur, cum demonſtratio etiam vera ita legato non cohæreat, ut & in legato prætermitti potuerit ab initio, & addita, poſſit ſubduci tanquam inutilis: & vero ita ſubducatur, ut, nec, ſi falſa ſit, noceat? Res ita habet: ad ſententiam, & voluntatem teſtatoris ſi rem expendimus, pariter neutra legato cohæret, neque demonſtratio, neque cauſſa; cum ambæ ita de legato detrahantur, ut voluntate teſtatoris nihilominus legatum conſtat. At ſecundum verba hoc plus eſſe in demonſtratione, quod hæc verbis ſaltem legato cohæret, cauſſa ne verbis quidem. Nam demonſtratio ſemper habet circumſtantiam aliquam, quæ inſit in re legata. Cauſſa vero legandi nunquam ineſt in legato, ſed aperta oratione a legato diſtinguitur. Semper enim aliud eſſe oportet legatum rei, & aliud rationem, propter quam legatum datur.

XVII. *Diem*, & *conditionem* legatis, & fideicommiſſis adiici poſſe conſtat, ut qui-

4) Et perpluribus ſimilibus adnotatis a *Goth. ad d. L. 31. pr.* vid. Cuiac. *Conſult.* 21. Non eſt contraria huic regulæ, regula *L. 72. §. ult. h. t.* Nam demonſtratio falſa, nec vitiat legatum *dd. LL.* nec facit *d. §. ult.* Legatum ſit verbis diſponentibus, non demonſtrantibus, ut in *d. §. ult.* Seius eſt in diſpoſitione, & ſolus legatarius. Titius in demonſtratione, eique nihil debetur, Pac. 6. Q. 44.

quidem ex die, & sub conditione debeantur. *L.* 1. *D. de cond. & dem.* Sic autem adiici, ut ad diem, & certam conditionem legatum relinquatur, ac post diem, aut conditionem existentem desinat deberi, non licet. Iure enim civili semel coepta obligatio, nec tempore, nec loco, nec conditione finiri potest, ne in legatis quidem. Nec voluntas testatoris contra caventis id ius mutaverit. Nemo enim potest in testamento suo cavere, ne leges in eo locum habeant. Hæc in *L. nemo*, 55. *D. de leg.* 1. Sed quod fit in aliis similibus obligationibus ad diem, aut conditionem contractis, idem in huiusmodi legatis servatur, ut post tempus petenti legatario doli mali exceptione occurratur. *L. obligationum fere, in pr. D. de obl. & act.*

XVIII. Et sub [5] *modo* relinqui legatum potest, ut utiliter testator ita leget: Titio centum, ut monumentum mihi ædificet, ut insulam eo loco, ut filium emancipet. *d. L. demonstratio*, 17. §. *ult. tit. C. de his quæ sub. mo.* Legato scilicet ita constituto, ut, nisi legatarius modo adiecto paruerit, perinde legatum habeatur, quasi sub conditione relictum esset, id est, ipso iure sit legati repetitio. *L.* 1. *C. de his quæ sub mo. L. si cui.* 92. *D. de cond. & dem.*

XIX. Atque hæc ita sunt, ut dixi, regulariter. Cæterum & quædam ex his suas nonnullas exceptiones habent. In quibus hæc tria, *demonstratio, caussa, conditio*. Ac demonstratio quidem nonnunquam legato nocet. Frequentius quidem *falsa*, interdum tamen & *vera*.

XX. Ut falsa demonstratio legatum perimat, duæ res faciunt: vel quia demonstratio rem certam indicat, quæ in rerum natura non reperitur vel quia demonstratio exit in conditionem.

XXI. Ut rem certam indicet, quæ in rerum natura non sit, accidit duobus modis.

XXII. Uno, si demonstratio rem, aut summam certam dicat, sed circumscriptam certo loco, res autem in eo loco non reperiatur. Ut si testator ita leget: Titio centum, quæ in arca habeo: aut quæ Mævius apud me deposuit. Placet, si hæc in arca nulla sint, aut nulla apud testatorem deposita, ut demonstrationes reperiantur falsæ, [6] nihil ex his deberi. Hac ratione, quod certa res designata sit, & ea certo loco comprehensa; quæ si in eo loco non reperitur, apparet, eam legatam esse, quæ nulla est, eoque nec in rerum natura. Hoc in *L. si servus*. §. *qui quinque. D. de leg.* 1. *L.* 1. §. *adeo. D. de dot. præl.* Sic autem falsa demonstratio legatum non perimit, si modo sit, quod legatur; quod ita sit, si sit in rerum natura. *L. quibus*, 40. §. *pen. D. de cond. & dem.* Quod si proponas, legatam esse certam summam nullo loco definitam, quæ proinde undecumque sumi possit: quæcumque demonstratio adiecta fuerit, quæ videatur eam summam ad aliquas circumstantias restringere, quanvis ea falsa fuerit, legatum non perimet. Ut fit in hac specie, si testator alicui leget decem, quæ Titio debet, nec quidquam Titio debeat. Decem, inquam, hic debebuntur, nec falsa demonstratio adiecta perimet legatum. *L. si sic legatum*, 75. §. 1. *D. de leg.* 1. Differentiæ ratio est, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quod scilicet non ubivis sit, sed in eo tantum loco, qui designatus est. *L. plane*, 34. §. *sed si non corpus. D. de leg.* 1. Quo fit illud, quod ante dixi, ut, si id corpus non sit in eo loco, intelligatur legatum esse id, quod non sit in rerum natura. At ubi summa certa posita est nullo loco circumscripta, apparet, legatam esse eam, quæ in rerum natura sit; quæ cum possit præstari undecumque sumpta, valet legatum, cui falsa demonstratio adiecta non nocebit. *d. L. quib.* 40. §. *pen. D. de cond. & dem.*

XXIII. Altero modo fit, ut demonstratio eam rem indicet, quæ nulla sit in rerum natura, si verbis quidem demonstrationis, exprimatur res, aut summa certa, & quam in rerum natura esse constet: vi autem ipsa alia res legari intelligatur, quæ in rerum natura non sit. Quod accidit in his duabus caussis, si testator leget Titio decem, quæ, demonstratione addita, vel dicat sibi ab eodem Titio deberi; vel dicat sibi deberi ab alio tertio, puta Sempronio; & neque Titius, neque Sempronius quidquam debuerit. Ecce utrobique certa summa decem expressa est, quæ nullo loco definita, ubique potest reperiri. Addita quidem est summa falsa, quia dicerentur hæc

[5]) Obiic. *L.* 18. §. 10. *de leg.* 2. Pac. 6. Q. 31. distinguit inter fideicommissa *d.* §. 10. & legata, quorum natura strictior. Male quia ratio quæ in *d.* §. 7. redditur, æquè fideicommissis convenit. Et plane non obstat *d.* §. 10. Nam ibi non res loco circumscribitur, in quo non est: Sed denaria tria vere deposita fuerunt, neque enim id negatur, sed alteram tantum quod non debuerit testator, quod non obstat ne legato quidem *d. L.* 75. §. 1. *de leg.* 1.

[6] Diss. omnino A. Fab. 5. *Conject.* 2. per ipsam *L.* 25. *de lib. leg.* ibi *quod si nihil debeat*. Hoc enim casu, inquit, legata est quantitas non liberatio, tametsi si debitor esses, nihil liberationem petere posses.

hæc decem debita testatori vel a Titio legatario, vel a Sempronio extero. Sed dicimus, cum res certa legata est, quæ in rerum natura sit, falsam demonstrationem legatum non perimere. *d. L. quib.* 40 *§. pen. de con. & dem.* Quid restat igitur, dicat aliquis, nisi ut in utraque etiam specie superiore respondeamus Titio decem legata deberi non refragante falsa demonstratione? Negant tamen veteres quidquam esse in utroque legato. *L. legavi. D. de lib. leg. L. si sic legatum,* 75. *§.* 1. *D. de leg.* 1. Atqui Africanus in *ead. L. si sic. §.* 1. scribit id, quod paulo ante attigimus, & probavimus, si testator leget Titio decem, quæ ipse se dicat vel illi, vel alii debere: etsi nihil debeat, tamen utile legatum esse, nec falsam demonstrationem perimere legatum. Cur hæc tam varie? Quia in his legatis proximis duobus, legantur quidem *verbo* decem; *re* autem *vera* & *vi* ipsa aliæ res, quæ nullæ sunt. In priore quidem liberatio a debito decem: in posteriore autem actio ad decem petenda, adversus eum, qui dictus est testatori debere: quarum rerum neutra in his legatis intervenire potest. Ita est; cum testator ita legat, Titio decem, quæ mihi debet, non legat decem, sed liberationem ab illis decem, idest, damnat heredem suum, ne illa petat, *d. L. legavi, de lib. leg.* Atqui nulla est liberatio hominis non obligati. Recte igitur respondetur, [7] nullum hic legatum esse, in quo legata est res, quæ nulla est. Rursum eum testator ita legat: decem Titio, quæ mihi Sempronius debet; non leguntur hic decem, quæ heres præstet, sed legatur actio adversus Sempronium. *d. L. si sit legatum.* 75. *§.* 1. *in f. de leg.* 1. Quæ profecto actio nulla esse potest adversus eum, qui nihil debuit, cum non sit actio nisi de eo, quod nobis debetur, ut declarat definitio actionis. *Inst. de act. in pr.* Nihil horum subest in hoc legato: lego Titio decem, quæ illi, aut Sempronio debeo, ubi testator nihil debeat. Neque enim potest videri legare debitori suo liberationem, eum se potius fateatur debitorem esse, [8] neque actionem adversus alium debitorem, cum alium debitorem non profiteatur, sed seipsum. Ita restat, ut, liberatione, & actione sublata, quæ hic legentur, sola restent decem, quæ sint in legato. Quæ cum sint in rerum natura, necesse sit ita deberi, ut legato falsa demonstratio adiecta non noceat. *d. L. quib.* 40. *§. pe. D. de con. & dem.*

XXIV. Exit etiam interdum demonstratio in conditionem. Quod cum fit, si demonstratio falsa est, legatum non debetur, quia hac conditione relinquebatur, si verum esset, quod in demonstratione positum erat. Abit autem demonstratio in conditionem aut apertis verbis testatoris, aut ex tempore, ad quod demonstratio confertur.

XXV. Apertis verbis testatoris, si demonstrationem efferat conditionaliter. Veluti si dicat, Titio Stichum do, si is a patre Titii ad nos non pervenit ex donationis caussa. Sic enim in universum ius est de conditionibus in præsens tempus, aut præteritum collatis, ut si falsæ sint, statim infirment obligationem. *§. conditiones. Inst. de ver. obl.* Tum autem hoc idem traditur de falsa caussa conditionaliter concepta. *d. L. demonstratio* 17. *§.* 1. *de cond. & dem.* & *§. longe. Inst. de leg.* Valeat igitur in demonstratione eodem modo enuntiata, cum caussa falsa per sese minus nocere legato dicatur. *§. longe. Inst. de leg.*

XXVI. Ex tempore demonstratio naturam conditionis assumit, cum ex futuro sumitur. Ut in hac specie, Stichum, qui meus erit, cum moriar, Titio do lego. Hæc oratio, *qui meus erit, cum moriar,* conceptione verborum demonstratio est; re vera conditionem habet, si meus erit, cum moriar; & legatum facit conditionale, ut quatenus meus non erit nunc temporis, eatenus nec legatus videatur. *L.* 6. *D. de leg.* 1. Quippe ita natura est conditionis, ut quidquid fieri velimus prius, quam quid aliud sequatur, id conditionem faciat. De quo dicetur postea sub Tit. de conditionibus.

XXVII. Iam vero, ut vera sit demonstratio, nonnunquam tamen legatum statim vitiat. Quod fit, cum turpi signo legatarius demonstratur, & ea sola demonstratione ad legatarium designandum testator utitur. Veluti, si ita leget, illi, qui nuper in hac urbe ob furtum fustibus cæsus est, decem dari volo. Inutile legatum est. Et hoc est, quod dicitur in *L. turpia.*

7) Consentit quoad hunc casum A. Fab. *d. loc.* de eo solo *d. L.* 75. *§.* 2. loqui ostendens. Nam legato, inquit, nomine certæ quantitatis, nomen legatum, non quantitas, nec ad aliud teneri potest heres, quam ad cedendas, & præstandas actiones. Unde fit, ut sub conditione relictum videatur, *si Seius debeat*; qua deficiente, substantia legati deficit. Aliter Cujac. 5. *ad African. ad L.* 108. *§.* 10. *de leg.* 1. negatione *in d. L.* 2. verf. *Sed poterit*, inserta legens, sed non poterit hoc dici, &c.

8) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 52. *&* *n.* 54. & Gœd. *ad L.* 1. *de V. S. n.* 17.

pia. 54. *D. de leg*. 1. turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis haberi. Quod quale sit, & quam rationem habeat, exposui pluribus in institutione heredum in ea parte, cum quæritur, quomodo heredes institui possint. Nam & institutioni turpis ista demonstratio similiter nocet. *L*. 9. *§*. *si quis nomen*. *D. de her. inst*. Pertinet & hæc caussa ad finem legati, & ad hunc quidem maxime, cum hic non tam demonstratio vitiet legatum, quam finis improbatus propositus testatori. De quo ideo & in fine legati nobis sermonem fieri necesse est.

XXVIII. Et *caussa* legati, si falsa est, interdum obest legato. Quod tunc fieri generaliter probandum est, cum apparet, testatorem, si sciret falsam esse caussam, legaturum non fuisse. *L. cum tale* 72. *falsam*. *D. de con. & dem.*

XXIX. Deprehenditur hæc voluntas partim ex anterioribus sermonibus testatoris, partim ex conceptione ipsa legati.

XXX. Ex sermonibus testatoris: ut si testator aliquando apud amicos, aut propinquos ita dixit: Si Titius mea negotia non curasset, nihil haberem, cur ei quidquam relictum vellem. Nunc cum negotia mea curarit, ut fecisse dicitur: facere non potui, quin hoc officium aliquo legato remunerarer. Finge ergo negotia testatoris a legatario curata non esse. Voluntas facit, ne legatum peti possit. Quo casu ita summo iure peti poterit propter regulam iuris de falsa caussa traditam, ut adversus petentem doli exceptio locum habeat. Et de hoc genere fensit Papinianus in *d. L. cum tale*, *§. falsam*, *de cond. & dem.*

XXXI. Conceptione ipsa legati fit, ut in falsa caussa voluntas legato deesse intelligatur, si 9 caussa conditionaliter concepta sit, hoc modo: Titio fundum, si negotia mea curavit. Ideo negotiis non curatis, conceptione ipsa legatum est inutile. *d. L. demonstratio*. 17. *§*. 1. *de con. & dem. d. §. longe*. *Inst. de lega*. Iam enim dixi, conditiones in præsens, aut præteritum tempus collatas, si falsæ sint, statim infirmare obligationem. *§. conditiones*. *Inst. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso iure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur.

XXXII. *Conditio* quoque in ea caussa est, ut non omnis legato utiliter adiiciatur. De quo in hac specie idem accidit, quod in heredum institutionibus: ut quædam pro non adiectis habeantur, interim legatum valeat; quædam ita inutiliter adiiciantur, ut legatum ipsum vitient. Prioris generis sunt conditiones impossibiles; item quæ iure pro talibus habentur: omnes scilicet contra ius, aut bonos mores scriptæ; tertio loco derisoriæ. Has omnes in testamentis placet, pro non scriptis haberi. De impossibilibus traditum in *L*. 3. *D. de cond. & dem. L*. 1. *D. de cond. inst. §. impossibilis*. *Inst. de her. inst.* De iis quæ sunt contra ius, aut bonos mores, in *L. conditiones*, *quæ* 9. *L conditiones contra*, 14. *D. de cond. inst.* De derisoriis *in d. L. conditiones contra*. 14. *de cond. inst.* De quibus ideo nunc sum brevior, quia constitui infra de his plura dicere in communi loco, quem mihi præscripsi de conditionibus.

XXXIII. Legatum vitiant adiectæ duæ, similiter ut in heredum institutione fieri diximus; 10 captatoria, & quæ in alienam voluntatem confertur. De captatoria scriptura ita traditur in *L. captatoriæ*. 64. *D. de leg*. 1. captatoriæ scripturæ simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent. Quæ esset captatoria scriptura, exposui in heredum institutionibus in ea parte, in qua quæritur, quomodo heredes institui possint. Inde petendum.

CAP.

9) Cuiac. *in Par. h. t.* definitur Adiectio ostendens, quid legatarium ex legato facere testator velit. Modus est caussa finalis, caussa est caussa impulsiva. Potest & sub modo conventio contrahi. Exemplum emptionis sub modo contractæ *L*. 47. *de contr. empt.* ubi Cuiac. Convenit cum conditione in futuro tempore; differt, quod legatum capitur ante modum adimpletum, Matthææ. *Lib*. 2. *Epit. Legat. C*. 11. *n*. 3. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr*. 3. *n*. 1. Cuiac. *Consult*. 2. & distinguitur ab ea per voculas, *si*, & *ut*, P. Gregor. 41. *Synt*. 32. *n*. 51. Chiffletio *Lib*. 2. *de Iur. Fideicommiss*. C. 12. definitur. Modus: Caussa legandi, seu fideicommittendi moram habens cum sumptu, per *L*. 80. *h. t.* ubi pro, *cum sumptu*, male Forner. 1. *Select. uls*. & Curt. 2. *Coniect. ad Fr*. 9. reponunt, *coniunctiam*.

10) Ex interpretatione prudentum SC. ad legata trahentium. A. Fab. 52. *Error. Pragm*. 2. ubi & *Err*. 1. *ac* 3. ad fideicommissa captatoria hoc porrigi non posse, quippe quæ nulla dari posse contendit, scribit; alia a recepta hue usque semper interpretatione dissona proferens. In quibus refellendis nunc non immoror.

C A P. XV.

De legato in voluntatem alicuius collato propria tractatio. Tum de eo quod ad diem, aut conditionem relictum est.

Legatum in voluntatem legatarii etiam aperta conditione collatum valet, sed efficitur conditionale. I.
Collatum in voluntatem extranei inutile est. II.
Scilicet si voluntas verbis expressa; secus ubi tacita intelligatur. Et cur expressa noceat, non expressa non noceat. III. IV. V.
Quid si collatum in alienum arbitrium. V.
Utrum regulæ traditæ a Modestino in L. nonnunquam 52. D. de condit. & demonstr. *nimirum in alienam voluntatem legatum conferri non posse, contrarium sit quod ait Ulpianus in* L. Senatus. 43. §. legatum D. de legat. 1. *legatum in aliena voluntate poni posse, in heredis non posse*. VI.
Vulgarem Interpretum conciliationem Auctor profert. VII.
Deinde reiicit, suam exponens. VII. VIII.
Legatum in voluntatem heredis collatum nullo modo valet. IX.
Quid, si legati solutio conferatur. X.
Eorum, quæ legatis extrinsecus adiiciuntur, finis, & effectus duplex. XI.
Demonstrationem, & causam adiici legati iuvandi causa. XII.
Quo spectet demonstratio. XIII.
Quo causa. XIV.
Temperandi, minuendique legati causa hæc tria adiiciuntur: dies, conditio, modus. XV.
Temperari his legatum duobus modis, & quibus nam. XVI.
Dies, & conditio legatum differunt. XVII.
Item ei finem iniiciunt. XVIII.
Uti & modus. XIX.

I. DE legato in alicuius voluntatem collato propria quædam tractatio est digna accuratiore animadversione, quæ ideo separatim in hunc locum a me confertur. Legatum sic in alicuius voluntatem confertur, ut conferatur in voluntatem aut legatarii, aut heredis, aut alterius alicuius extranei. In voluntatem [1] legatarii aperta conditione recte legatum conferri placet, hoc modo: Titio fundum illum do, si volet, si voluerit: non sane hactenus, [2] ut tantum legatum valeat, detracta alioqui conditione quasi supervacua, ut quæ si addita verbis non esset, inesset tamen: sed ut conditio etiam ipsa per se adiiciatur utiliter, & legatum efficiat conditionale. Unde eveniat, ut legatum ita ad legatarium pertineat, si dixerit se velle ad se pertinere; priusquam autem id dixit, si decedit, nihil inde ad heredem suum transferat. Hoc in *L. si ita legatum*. 65. *D. de leg*. 1. *L. si ita expressam*. 69. *D. de cond. & dem*. Non obstat, quod dicitur, conditiones, quæ tacite insunt, non facere legata conditionalia: *L. conditiones*. 99. *D. de cond. & dem*. Item, frustra adiici, quod etsi adiectum non esset, tamen inesset. *L. Cornelius*. 69. *D. de her. inst*. Hæc enim conditio, si legatarius voluerit, non est huius generis. Quippe legato adiecta hanc habet sententiam, ut non aliter legatum acquiratur legatario, quam si voluerit. Nulla talis conditio inest, si expressa non fuerit. Etenim legatum, cuius dies cessit, potestate iuris statim legatario etiam ignoranti acquiritur: ut si quandoque postea statuerit, velle se id ad se pertinere, iam a principio eius legatum fuisse videatur. *L. cum pater*. 77. §. *surdo*. *L. legatum*. 80. *D. de leg*. 2. Sane non acquiret legatarius legatum, nisi volet. Neque enim invito cuiquam liberalitas acquiritur. *L. hoc iure*. §. *non potest*. *D. de don*. Sed non eo spectat hæc conditio, ut non prius acquiratur ei legatum, quam valuerit. Sed ut nulla sit necessitas quæsiti retinendi, si noluerit postea ad se pertinere. *L. si tibi homo*. 86. §. *cum servus*. *D. de leg*. 2.

II. De voluntate heredis ita scribit Ulpianus in *L. senatus*. 43. §. *legatum*. *D. de*

1) Neque enim sic pendet ex alieno arbitrio. Nam spectamus, an is, quem obligari oportet, necessitate obstrictus sit. Aliter autem cui quid eo actu quæritur invitus ad id accipiendum cogi nequit, Rob. 2. *Sent*. 10.

2) Male igitur. Connan. 10. *Comm*. 6. *n*. 2. Gomez. 1. *Resol*. 12. *n*. 47. Robert. *d*. *C*. 10. ideo expressione huius conditionis non vitiari legatum, quia etsi non exprimeretur, tamen actus inesset.

D. de leg. 1. Legatum in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest. Sed cum his verbis plus tribuere videatur alienæ voluntati ad legatum ex ea constituendum, quam voluntati heredis; de aliena prius videamus, cogniturì postea ordine, si quid sit amplius, quod voluntati heredis in legato constituendo denegetur. Et de aliena voluntate ita regula iuris traditur in *L. nonnunquam.* 52. *D. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri legatum non posse. Ubi alienam voluntatem dici constat, extranei voluntatem, qui neque legatarius sit, neque heres. Nam præterquam quod in legati præstatione non potest dici ab ea alienus aut is, cui legatum præstatur legatarius, aut is, qui præstat, heres: certis etiam sententiis veterum sic voluntatem alienam hic accipi debere declaratur. Convenit enim inter omnes, legatum in voluntatem legatarii sic conferri posse, ut quanvis expressa sit conditio, si legatarius volet, tamen & legatum valeat, & conditio non inutiliter adiecta legatum reddat conditionale, ut paulo ante ostendimus. Voluntas autem extranei cuiusque a voluntate heredis ita distinguitur ab Ulpiano in superiore sententia, quam modo citavi, ut ea, quæ heredis non est, sola dicatur aliena voluntas. Legatum, inquit, in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest. Sit ergo hæc sententia: legatum in voluntatem extranei cuiusquam, qui neque legatarius sit, neque heres, conferri non posse. Quod sic intelligendum est, ut si collatum fuerit, inutile sit legatum, ut & heredis institutio eodem modo concepta. *d. L. nonnunquam.* 52. *de cond. & dem. L. si quis Sempronium.* 68. *D. de her. inst.* Satis constanter, ait Caius, veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se rata esse oportere, non ex [3] alieno arbitrio pendere. Sumptum ex lege duodecim tabularum, quæ iubet, supremam voluntatem ratam esse, sed ita, si quis quid legaßit. Legare, ut initio diximus, est quid decernere, ac veluti pro imperio statuere de re sua. Quale imperium, & decretum non est in eo, qui ipse de re sua nihil certo statuit, sed rem permittit alieno arbitrio.

III. Regula superior generaliter scripta est, ut ex verbis videri possit inutile esse legatum, utcumque ponatur id in alterius voluntate, idest, fiat, ut nisi ille velit, legatum non debeatur. Sed regula sic accepta est, ut voluntatem intelligere debeamus, voluntatem verbis expressam, & eam meram, non arbitrii verbo temperatam. Primum ita placet legatum in alienam voluntatem collatum non valere, si aperte, & expressa conditione collatum sit in eam voluntatem, hoc modo: si Mævius voluerit, Titio decem do. At, si omissa alienæ voluntatis expressione, quid legatum sit, ubi ea voluntas verbis tecta nihilominus intelligatur: contra esse veluti si testator ita leget, Titio decem, si [4] Mævius in Capitolium ascenderit. Sic regula in legatis explicatur in *d. L. nonnunquam.* 52. *de cond. & dem.* Nec alia voluntatis interpretatio est in heredum institutionibus in alienam voluntatem collatis, ut declaratur in *d. L. si quis Sempronium.* 68. *de her. inst.*

IV. Quid ergo interest, dicet aliquis, utrum quid exprimatur oratione, an vero oratione ita concipiatur, ut non intelligatur minus, nec minus insit, aut præcedere debeat, quam si verbis expressum foret? Res utrobique eadem est, & quid refert, quibus verbis indicetur, dummodo indicetur? An ignoramus, dum res intelligatur, rem spectandam esse, non verba? & leges rebus scriptas esse, non verbis? *L. 2. in fi. C. comm. de leg. L. quoniam. C. de testa.* Dicemus recte, hæc dici in his, quæ iure fiunt, de quibus id agitur, ut quovis modo intellecta, rata sint; non pertinere ad ea, quæ iure adiici prohibentur. Quoties lex vetat aliquid adiici, si exprimatur, ideo nocet, quia adiicitur contra, quam lex iubet. Si non exprimitur, contraria de caussa ideo non nocet, quia nihil hic fit, quod lex vetuerit. Animadverti enim debet, ubi non exprimitur id, quod lex exprimi vetat, si verbis legetur, semper verba aliud ex-

3) *L.* 32. *de her. inst.* Hot. 1. *Amicab.* 5. Unde & testamentum definitur voluntatis *nostra* sententia, Arumæ. *ex Inst.* 9. *th.* 9.

4) Legatum, cuius hæc conditio. *Si Titius Capitolium adscenderit*, non principaliter pendet ex Titii voluntate, sed in consequentiam. Quid enim si Titius aperte testetur, se nolle, ut Mævius sit heres, legatumve capiat, adscendat tamen, heres Mævius nihilominus erit, legatumve percipiet, Duar. *de Cond. Instit.* C. 4. *f* 415. Et quid si nesciens conditionem adscriptam adscendat, æque conditio existet, Io. Dauth. *de Testam.* n. 31. Arcis etiam Capitolinæ solum præaltum, quo a precaturis, & sacrificaturis adscendebatur, ut multis probat Duar. 1. *Disp.* 15. quanquam recte Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. n. 7. non ideo in ea conditione rationem religionis haberi, alioqui conditio negativa, *Si Capitolium non adscenderit*, reiiceretur ut religioni adversa, contra *L.* 3. *de leg.* 2. Rob. 2. *Sent.* 10. Conditio, inquit, non confertur in meram voluntatem, sed refertur ad factum. Nam si contigerit adscendisse, facti illius revocandi potestas non est. Conditio autem, *si voluerit*, futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandæ voluntatis potestatem delatam significat *L.* 46. §. *ult. de V. O.* Aliter Connan. 9. *Comm.* 4. n. 3. sed incommode, nimirum certum hic esse testatoris iudicium, qui voluerit & Mævium esse heredem, & Titium Capitolium adscendere.

primere, quam quod iure adiicere conceditur. Ut enim ita legatum est, Titio decem do, si Mævius Capitolium ascenderit, intelligitur hic quidem voluntas Mævii, quoniam ipse non ascendet, nisi voluerit; sed conditione exprimitur factum eius, quod a voluntate distat plurimum. Fieri enim potest, ut Mævius velit ascendere, & non ascendat postea, multis rebus incidentibus, propter quas nolit, aut non possit. Fieri 5 etiam potest, ut ascendat nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, & gratificetur legatario. Non mirum igitur, si ius conditionem in id factum collatam recipit. Qua semel recepta, simul fit, ut voluntatis tacita significatio nihil noceat, quo scilicet conditio recte addita maneat. Inde dictum, ait Modestinus, expressa nocent: non expressa non nocent. *d. L. nonnunquam. de cond. & dem.* Quod & in regulam iuris abiit. *L. expressa. D. de reg. iur.* Dictum, inquam, de his, quæ adiici vetantur. Nam quæ non prohibentur, pariter & expressa, & non expressa nihil nocent. Ut puta, utilis institutio est, Ille mihi heres esto. Ubi tacita conditio intelligitur, si ipse voluerit; quia nemo extraneus invitus fit heres. At non minus illa utilis, Ille heres esto, si voluerit, expressa nimirum ea conditione, quæ si non esset expressa, intelligeretur tamen; scilicet quia hæc conditio adiici non prohibetur. *L. Cornelius. 69. D. de her. inst.* Idemque est, etsi in legato eadem conditio exprimatur. *L. si ita legatum. 65. §. 1. D. de leg. 1.*

V. Non solum in superiore regula voluntatis *alienæ* verbo intelligi debere placet voluntatem conditione expressam; sed &, ut dixi, voluntatem meram. Cæterum in arbitrium alienum collato legato, etiamsi conditione aperte concepta id factum sit, placet nihilominus, utiliter legatum relinqui. De quo sic verba sunt Ulpiani in *L. 1. D. de legat. 2.* In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest. *Veluti conditio*, sic accipe, aut sicut conditio aliquando in alienum arbitrium, atque adeo voluntatem conferri potest, nempe tacite, non expressim, aut in modum, & formam conditionis; seu ita, ut arbitrii etiam conditio exprimatur, ac non intelligatur tantum: quod est verius. Id enim ipse idem alibi sic pluribus explicat, ut dicat, fideicommissum ita relictum non deberi, si heres, multoque magis tertius aliquis voluerit; at si ita adscriptum fuerit, si fuerit arbitratus, si putaverit, si æstimaverit, si utile illi fuerit visum, vel videbitur, deberi; quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed quasi 6 viro bono commissum relictum. Hoc ille in *L. fideicommissa. 11. §. quamquam. D. de legat. 3.* Idem in *d. L. 1. de leg. 2.* superioris sententiæ hanc rationem reddit: quid enim, inquit, interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si Titius voluerit? Quid ergo? his verbis superiorem eius sententiam confirmari putamus, ac non potius totam distinctionem supra a nobis positam everti? Nam si inter ista nihil interest, quid restat,

5) Uti fere Hot. 1. *Amicab.* 5. & ipse noster *ad L. 43. de V. O. n.* 6. sed posterior eius explicatio convenientior. Cuiac. 2. *Obs.* 2. legit conditionem, ut sit sensus, quod in aliena voluntate, tanquam in conditione poni possit *L.* 43. §. 2. *de leg.* 1. Sed displicet id Hotom. *d. C.* 5. Et recte noster.

6) Ut vult Cuiac. C. 2. quasi IC. velit, tam hanc conditionem *si voluerit*, quam illam, *si adscenderit*, utilem. Quoad illam tamen distinguit sic: Aut his verbis, *si Titius voluerit*, testator totum in voluntate posuit, ut is arbiter, & quasi dator esset legati, & non valet *d. L.* 52. *&c.* aut pro conditione accepit, hoc sensu: si acciderit aliquando, ut consentiat Titius, & utile est *d. L. 1. de leg.* 2. *d. L.* 41. §. 2. *de leg.* 1. Movetur quod hæ conditiones plane pares habentur in *L.* 46. §. 2. *de fid. lib.* Non multo aliter Connan. 10 *Comm.* 6. *n.* 4. P. Fab. *ad L.* 22. §. 1. *de R. I.* Rob. 2. *Sent.* 11. item interpretans, *nihil interesse, &c.* sic distinguit: Si dispositio omnino posita in voluntate extranei, inutile legatum; quod fit si præcedat mentio voluntatis extranei, sequatur declaratio voluntatis testantis, ut *Si Titius voluerit Mævio* 10. *do lego*. Sin prius testator meminerit voluntatis suæ, eique velit accedere voluntatem Titii, ac eam veluti conditionem legato per se firmo adiecit, utile, ut *Seio* 10. *lego si Titius voluerit*. Nam tunc innitimur voluntati testantis, quam tamen idem convelli voluit si Titio ita videretur. Et ita ponit Rob. discrimen in verbis, & eorum forma. Ita tamen esse sentiens si Titium prius nominaverit, modo appareat, eum tantum voluntatem Titii suæ adiicere voluisse, ut *Si Titius voluerit Seio* 10. *dari volo*. Incommode. Scripturæ hoc est ordinem sequi magis, quam voluntatem testantis, contra §. 34. *I. h. t.* Nam uti in alia conditione apposita nihil interest præponatur legato, an consequatur; nec ex ordine illo alia mens testantis conicitur, quasi illo casu ita demum velit rem habere legatarium testator, si conditio existat, hoc simpliciter habere velit, sed in conditionis defectum ei adimi: Ita neque hic ex solo ordine, formave verborum sat probabilis est coniectatio diversæ voluntatis. Incommode & Cuiac. *ut supr.* Relinquit enim indecisum, quando, & unde liqueat utrum testator his verbis usus: *Si Titius voluerit* merum arbitrium dederit Titio, an vero pro conditione acceperit. Et quando etiam certum pro conditione accepisse, æque verum est per se firmum esse, aut ex mero, libero, absolutoque testatoris, uti debet, arbitrio pendere relictum. Incommode Hotom. qui licet accipiat *d. L.* 1. & consentientes non de pleno, & mero, sed boni viri arbitrio, utat tamen ICtos dissensisse, uti & Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 6. *n.* 29. Quod referre est refellere. Incommode Duar. *de Cond. Instit. C. 4. circ. fin.* cum voluntatis duæ sint species, arbitrium, & mera voluntas, verba *d. L. 1. si voluerit*, accipienda esse de altera non utraque specie, arbitrio scilicet; ac si dixisset IC. *si arbitratus fuerit*. Commodissime autem Donellus noster, qui hic est eximius. Nec obst. *d. L. 46. §. 2. de fid. lib.* Nam non probat pares esse conditiones has *si voluerit*, & *si Titius Capitolium adscenderit*, quarum disparitatem noster, & Duar. perspicue ostendunt. Sed ibi sustinetur fideicommissum favore libertatis, Duar. *de Cond. Instit. C. 4. in fi.* Et non ibi comparantur hæ conditiones in eodem, sed diverso relicti genere, *quemadmodum si mihi legatum esset, &c.* id est: Uti legatum non vitiat conditio, Si Titium in Capitolium adscenderit; ita nec libertatem illa, Si Titium voluerit.

ſtat, niſi, ut quemadmodum utile eſt hoc legatum, Mævio decem, ſi Titius Capitolium aſcenderit, ita dicamus & hoc pariter valere, Mævio decem, ſi Titius voluerit, ut ſic efficiatur certo & hoc utile eſſe, Mævio decem, ſi Titius arbitratus fuerit? Et ſane hæc eſſet Ulpiani ſententia, ſi quidem ſuperioribus verbis intelligeret inter iſta, quæ dicit, nihil intereſſe. Sed diligenter cavendum eſt, ne id eum [7] ſentire exiſtimemus. Eſt enim conſtans veterum ſententia teſtata non uno loco, inter iſtas conditiones ad vim inſtitutionis, & legati tantum intereſſe, ut ex illa, *ſi Titius Capitolium aſcenderit*, inſtitutio, & legatum valeat; ex hac, *ſi voluerit*, non valeat. *L. ſi quis Sempronium*. 68. *D. de her. inſt. d. L. nonnunquam* 52. *D. de cond. & dem.* Certa uſque adeo ſententia, ut etiam in regulam iuris abierit. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent: ut traditur in *d. L. nonnunquam de cond. & dem.* & *L. expreſſa. D. de regul. iur.* Quid ergo ſuperiore interrogatione ſibi voluit Ulpianus? Nempe hoc contra, [8] multum intereſſe inter iſta, quæ dicit: hac lege, ut intelligamus, *quid*, poſitum ab eo pro *quantum*: quaſi ita ſcripſiſſet, quantum enim intereſt, ſi Titius in Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an ſi voluerit? Quod qui interrogat, exſpectat, ut ſibi reſpondeatur, multum. Atque hic huius verbi, atque interrogationis ſæpe apud probatos auctores uſus eſt. Talis certe eſt in illo Terentii ex Eunucho *act.* 2. *ſce.* 2. *Dii immortales homini homo quid præſtat?* Stulto intelligens. Quid intereſt? Ubi conſtat hoc quæri, quantum inter iſtos interſit, atque hoc ſignificari, multum intereſſe in omnes partes. Et vero non alia ſententia Ulpiani inſtituto poteſt convenire; ut profecto alia interpretatio ex eius mente capi non poſſit. Apparet enim, ſuperiore ratione hoc eum agere, ut probet, quod poſuerat, legatum in alterius arbitrium expreſſa etiam conditione conferri poſſe. Obſtabat ei, quod dicitur, & certi iuris eſt, inutile legatum eſſe, si mihi legetur hac conditione, si Titius voluerit, quo effici videbatur, etiam tunc legatum fore inutile, si mihi legetur hac conditione, si Titius arbitratus fuerit. Ille huic obiectioni tacitæ velut occurrens oſtendit, multum intereſſe, utrum legatum in apertam, & meram voluntatem alterius conferatur, an in eam, quæ verbis tecta, intelligatur tantum, non exprimatur. Quantum enim intereſt, inquit, utrum si Titius in Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an si voluerit? Certe tantum, ut ex poſteriore hac conditione legatum inutile eſſe conſtet, ex priore illa valere. Quod ita eſt, ne sit mirum, aut novum, si dicamus, legatum in alterius arbitrium aperte conferri poſſe, ubi *arbitrii* verbo voluntas mera non exprimitur, ac ne tegitur quidem. Quid ergo ineſt in hoc legato, quod in arbitrium alienum collatum eſt, quo id intelligatur? Explicat idem Ulpianus in *d. L.* 1. *in ſi. D. de leg.* 2. Neque conditio ineſt ei legato, inquit, neque mora; cum placeat in teſtamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi. Quæ autem mora eſt in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

VI. Atque hæc de legato in voluntatem extranei collato hactenus & iuris regula eſt, & regulæ eius interpretatio certis locis confirmata. In qua & nos acquieſcere ſtatim oporteret, niſi nos impediret definitio illa eiuſdem Ulpiani ſuperior, quam initio huius partis poſui, adeo proximæ iſti regulæ contraria, ut ad eam tollendam conſulto poſita videatur. Regula iuris eſt Modeſtino, in alienam voluntatem legatum conferri non poſſe. *d. L. nonnunquam*, 52. *de cond. & dem.* Ulpianus velut repudians contrario modo definit, aitque, legatum in aliena voluntate poni poſſe: in heredis non poſſe. *d. L. ſenatus*. 43. *§. legatum. D. de leg.* 1. Quid dicemus? diverſa hæc eſſe, conferre quid in alicuius voluntatem, & idem ponere in eius voluntate? Atqui nemo ignorat latinis, & præſertim auctoribus iuris hæc duo idem valere. Nam & quod conferimus in voluntatem alicuius, conferendo ponimus in eius voluntate: ideſt, facimus, ut incipiat in eius voluntate ſitum eſſe: & quod fecimus, ut in eius voluntate eſſet, ita confecuti ſumus, dum in eam contulimus. Denique utraque oratione ſignificatur, rem aliquam alicuius voluntati, & arbitrio permittere, facereque, ut inde pendeat. *L. illa*, 32. *D. de her. inſt.*

7) A. Gentil. 1. *Lect.* 19. Quid intereſt? Hoc ſcilicet intereſt, quod illic in arbitrium veluti conditio confertur, huc expreſſa voluntas appellatur. Pari ſenſu hæc verba, *quid intereſt*, *in L.* 55 *de cond. & dem.* vid. not. *infr. N.* 15.

8) Bonum virum cum hic dicimus non iudicem dicimus, licet & is boni viri officio fungi debeat *L.* 4. *§.* 1. *Fam. erc.* ſed quemcunque virtutibus inſtructum, iuſtum, fidum, innocentem, Cuiac. 2. *Obſ.* 2. Indigne vero faciunt, qui hinc colligunt, Cuiac. negare iudicem eſſe virum bonum. Menoc. *de Arb. Iud. in Proœm.* 9. Quo ſane ab ipſius verbis nihil alienius, immo pugnantius.

Nec quisquam interpretum, quod sciam, ad hæc concilianda eo confugit, ut hæc aliud atque aliud significare diceret. Sed non sane multo tutius elegerunt quod faceret ad ista concilianda, in quo tamen magno consensu acquiescunt omnes difficultate victi, & dum melius non reperiunt.

VII. 9 Aiunt, quod Ulpianus dicit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic esse interpretandum, ut poni possit in aliena quidem voluntate, veruntamen non aliena cuiuslibet: sed tamen interdum aliena. Cuius igitur? nempe legatarii, cui nominatim legari potest sub hac conditione, si voluerit: *L. si ita legatum*, 65. §. 1. Quod autem Modestinus ait, legatum in alienam voluntatem conferri non posse in *d. L. nonnunquam. D. de cond. & dem.* de voluntate aliena extranei accipiendum esse volunt, ut in quam scilicet legatum conferri non posse constet, & de qua sentire Modestinum exempla apud eum proposita declarent, quæ omnia ad voluntatem extranei collata sunt. Et de Modestino recte respondent; nec de eo ulla est controversia: adeo & verba regulæ hanc voluntatem extranei indicant, & sententia Modestini ex his, quæ ante posuit, perspicua est. Sed de verbis Ulpiani quæritur. Ille totidem verbis generaliter de aliena voluntate loquitur, & definit, legatum in hac voluntate aliena poni posse, id sentiens, quod ante dixi, legatum scilicet in alienam voluntatem conferri posse. Isti in iisdem verbis voluntatem alienam interpretantur, alibi voluntatem legatarii, alibi, cum ipsis commodum visum est, voluntatem extranei. Si generaliter scriptum est utrumque; cur non generaliter utrumque accipiunt, ut fieri debere ubique præcipitur? *L. si servitus. D. de ser. urb. præ.* Si non est interpretandum generaliter, quo iure sibi permittunt in una regula voluntatem alienam de una specie voluntatis interpretari, in altera regula de specie voluntatis diversa?

VIII Sed mittamus subsultoriam istam levitatem interpretationis, ut sese ipsam oppugnantem, & certe suspectam manifestæ falsitatis, cum veritas sibi ipsa constet, & in iisdem verbis, iisque generalibus, unam & eamdem sententiam admittat. Illud potius urgeamus, *alienæ voluntatis* verbo in sententia superiore Ulpiani, voluntatem legatarii intelligi non posse. Repugnat & significatio verbi, & veterum usus. In primis verbi significatio. Ea enim in legato voluntas aliena dicenda est, quæ est voluntas eius personæ, quæ est a legato aliena. Legatarii persona a legato aliena non est, sed ea quam præcipue legatum attingit. Non igitur voluntas legatarii in legato adipiscendo aliena voluntas dicenda est. Quod ad usum veterum attinet, est hic eorum certus, & constans usus, ut alienam voluntatem, alienum arbitrium nunquam vocent, nisi eorum, ad quos negotium, de quo agitur, non pertinet sive de heredum institutionibus agatur, sive de legatis, omnibusque aliis supremis voluntatibus. Definiunt veteres, institutionem heredis alieno arbitrio permitti non posse. Item testamentorum iura non oportere ex alieno arbitrio pendere. Hoc in *L. illa*. 32. *D. de her. inst.* An non hoc sentiunt, quod ibidem declaratur, non posse quem institui, si extraneus aliquis voluerit, eademque conditione nulli legari posse? Contra quis est unquam, qui hoc sic acceperit, quasi diceretur, institutionem vitiosam esse, si conferretur in arbitrium heredis; legatum vitiosum, si conferretur in arbitrium legatarii? Quorum utrumque maxime falsum esse constat. *d. L. illa de her. inst. L. si ita legatum* 65. §. 1. *D. de leg.* 1. Definit Modestinus generaliter, legatum in alienam voluntatem conferri non posse in *d. L. nonnunquam. D. de cond. & dem.* Et hoc omnes dici intelligunt de voluntate extranei, non aut legatarii, aut heredis, quorum neuter a legato alienus dici potest. Quare cum Ulpianus definit, legatum in aliena voluntate poni posse, non potest cum ex significatione verbi, tum ex usu omnium iuris auctorum, quia hoc dicere intelligatur, posse id conferri in voluntatem non legatarii, aut heredis, qui a legato alieni non sunt: sed in voluntatem tertii alicuius extranei, quem solum a legato alienum, cuius proinde & voluntatem alienam recte dixerimus. Estne igitur locus ille Ulpiani contrarius? Minime: sed hoc sentit Ulpianus, legatum in alienam voluntatem, intellige semper *extranei*, conferri posse, nempe aliquo modo: in heredis voluntatem nullo, ut hic scilicet magis noceat in voluntatem heredis legatum collatum esse, quam in extranei voluntatem. Quæ res fecit, ut huic heredis voluntati, quæ impedimentum auget, tertium hunc lucum daremus.

IX.

9) Quod & probat A. Aug. 4. *Emend.* 15. *cir. fin.* Sed refellit Rob. 2. *sent.* 11. nostro in hoc consentiens, sed quomodo LL. concilliet vid. *supr. N.* 7.

IX. Res autem sic habet: In voluntatem alienam verbis expressa conditione legatum conferri non potest; sed si verbis tegitur eadem conditio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum legatum videbitur, veluti si testator ita leget, Titio decem do, si Mævius Capitolium ascenderit, ut supra ostendimus. *d. L. nonnunquam. de cond. & dem.* At neutro modo legatum in voluntatem [10] heredis utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget, si heres voluerit: sive [11] ita, Titio decem, si heres Capitolium ascenderit, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac conditione, si debitor velit, nulla fit obligatio, ubi scilicet nulla ei iniicitur necessitas rei præstandæ. Quod est proprium obligationis. *L. sub hac. D. de obl. & act.* Posteriore, quia legatum hac conditione si heres Capitolium ascenderit, pœnæ caussa datum intelligitur. Quod genus legati olim & temporibus Ulpiani non valuit. *§. ult. Inst. de leg.* Nunc quidem post constitutionem Iustiniani valet, *L. 1. C. de his quæ pæ. nom.* sed ita, ut si in factum heredis constituta sit pœna, legatum alia ratione constituatur inutile; quoniam heres cavebit diligenter, ne faciat id, quod est in conditione, & unde pendet legatum?

X. Sed hæc ita sunt, si, conditione iniecta, legatum per conditionem aliquo modo ponatur in voluntate heredis, ut accidit in superioribus conditionibus duabus. Cæterum conditione detracta, nihil vetat, quominus [12] præstatio legati conferatur in voluntatem heredis, ut nihilominus legatum valeat. Itaque inutiliter legatur ita, si heres voluerit. At ita utiliter relinqui placuit, heres [13] cum voluerit, Titio decem dato. Ut, quamdiu vivit heres, non possit ab eo legatum peti, quasi relictum sub conditione; & si interim decedat legatarius, nihil ad heredem transferat: mortuo autem herede priusquam daret, heres eius legatum præstare debeat. *L. fideicommissa. 11.* [14] *§. sic fideicommissum. D. de leg. 3.* Sed hic non tam legatum confertur in voluntatem heredis, quam legati solutio, ut legatum cæteris rebus purum sit, solutio autem dilata in id tempus, cum ipse vivus voluerit, ad quod usque tempus conditio legato iniecta videatur. Quod ni ita esset, legatum per omnia esset conditionale. Unde eveniret, ut, mortuo herede prius, quam vellet dare, nihil deberet ne heres quidem eius, sed quasi deficiente conditione legatum intercideret. Denique herede rogato restituere, aut præstare, cum volet, post mortem eius creditur datum, ut est in *L. uxorem, 41. §. pen. D. de leg. 3.*

XI. Sed ut in demonstratione, caussa, conditione exceptæ, sunt eæ species, de quibus modo diximus: ita, his demptis, confirmatur regula de cæteris, qua diximus, legato adiici solere, ut omnia recte adiiciantur legato: certe hactenus, ne noceant. Quæretur, quo effectu. Sed de eo dicetur opportune postea suis locis. Nunc tantum de constituendo legato, quod valeat, agimus, quærimusque quæ sint in personis, in rebus, in legandi modo, quæ non obstent, quominus legatum iure consistat. Dicturi postea constituto legato, de vi, & iure recte constituti. Ut tamen noti sint loci, unde vim, & effectum superiorum rerum petamus: non gravabor hoc loco effectum hunc paucis indicare, & simul ostendere, ad quos locos sequentes omnis iste effectus referri, atque inde sumi debeat. Eorum quæ supra diximus legatis adiici posse, & solere, finis, & effectus duplex est. Adiiciuntur enim partim legati iuvandi caussa, partim temperandi, ac velut minuendi.

XII.

10) Ita & Rob. 2. *Sent.* 10. quia non aliter consistet legatum, quam si heres necessitate obstringatur *L. 7. §. 1. de reb. dub.* Excipiendum tamen est in libertate fideicommissi *L. 46. pr. de fideic. libert.* ubi dicitur, sola valere posse ex nutu heredis; ideoque nulla tunc erit necessitas heredi libertatis dandæ. Sed si ex pietatis officio sponte manumiserit servus fideicommissi libertatem accipiet. At, dices, absurdum est actum obligatorium subsistere nemine obstricto. Resp. Robert. Fideicommissa olim a sola voluntate pendebant. Ergo cum testator indicat, se iuris necessitatem heredi remittere, vis fideicommissi origini suæ redditur. Sed obst. *d. L.* 46. §. 3. Rob. eum §. accipit de legato alterius rei, quia ad id in fin. §. *praeced.* a. a fideicommisso libertatis transitus factus. Sed hoc verba seqq. §. refellunt. Rectius Vasq. *Lib. 3. de Success. progressu* §. 27. *n.* 16. post Eman. a Costa 1. *Select. Interpret.* 22. accipit de legata, ut ille vocat, seu, ut vocare debuit, directe relicta libertate, vid. & Sarment. 2. *Select. Interpr.* 6. *n.* 7. *& seqq.* Ant. de Padula *ad L. 1. de leg. 2. n.* 51. & P. Fab. *ad L.* 22. §. 1. *de R. I.*

11) Dissent. Rob. *d. C.* 10. Cuiac. 2. *Obs.* 2. *per L.* 3. *de leg. 2. L.* 11. §. 5. *de leg.* 3. Sed loquuntur de conditionibus negative conceptis, quarum alia est ratio.

12) Item si substantia legati testantis voluntati innitatur, & aliqua ex parte ad dandum obstringit heredem, potest executio dispositionis ipsius voluntati relinqui: Ut: Titio, vel Seio utri volet heres 10. dato *L. 7. §. 1. de reb. dub.* Rob. *d. lo.* Potest & in arbitrium heredis, quasi boni viri, legatum conferri *L. 11. §. 7. de leg. 3. L. 46. §. 3. de fid. lib.* Cuiac. 2. *Obser.* 2. Hot. 1. *Amicab.* 5.

13) De subtili hac differentia inter *si*, & *cum*, vid. Val. Guil. Forst. *Obs. Success. C.* 11.

14) Ubi male Hot. 1. *Obs.* 8. voculam *nihil* interserit, sententiam falsam reddens. Debetur autem hoc legatum mortuo herede, non quia, ceu comminiscuntur, mortuus velle, immo voluntas extinguitur *L. 4. Locati*, sed quia indicavit testator his verbis *cum voluerit* velle, ut præstetur, sed ita, ne adimatur facultas parandæ solutionis heredi, & eo tempore implendæ, quo commodius posset. Eo vero mortuo, commoditatis istius nulla iam habetur ratio. Heres autem ipse, etsi semel declaraverit, se velle, tamen mutandæ voluntatis potestatem habet, ne vivus præstare cogatur *d. L. 11. §. 6.* Rob. 2. *Sent.* 12.

XII. Iuvandi caussa duo, demonstratio, & caussa.

XIII. Demonstratione enim id agitur, ut legatum fiat certius, seu ut magis, magisque intelligatur, quid cui legatum sit.

XIV. Caussa eo spectat, ut addita legandi ratione, heredibus, amicis, & aliis ad quos res pertinet, voluntas testatoris magis probetur, minusque illi moleste ferant id sibi adiectum non esse. Sed utrum vera sint ista, an falsa, non est magnopere laborandum; cum etsi falsa sint, legato non noceant. Aut si quæ erunt, quæ nocebunt, sufficient ea, quæ de his superiore capite diximus; neque alius quærendus est locus de istorum effectu ad vim legati, ubi, his adiectis, legatum non tam effectu carere, quam nullum esse dicimus.

XV. Temperandi, minuendique legati caussa adiiciuntur reliqua tria, dies, conditio, modus.

XVI. Temperatur his rebus legatum dupliciter: aut differendo legatum ab initio, aut cœpto iam & præstito modum, & finem iniiciendo.

XVII. Differunt legatum dies, & conditio, cum quid ex die, seu in diem, aut sub conditione relictum est. Quæ sit ista dilatio in his generibus, & quanta; tum quando hæc ad istam dilationem legato insint, quæstio est illius loci, in quo inter circumstantias præstationis legati quæritur, quando legatum sit præstandum ibi dicetur.

XVIII. Modum & finem legato iniiciunt itidem hæc duo, cum quid annuum, aut menstruum legatum est ad diem certum usque, aut usque ad certam conditionem: puta in annos decem, aut donec navis venerit ex Asia, aut donec pater redierit ab hostibus. Die enim veniente, aut existente conditione desinit legatum deberi, non quidem ipso iure, sed per exceptionem, de quo dixi superiore capite.

XIX. Iniicit & finem modus, sub quo quid legatum est. Quod enim legatum ita est, ea lege manet legatarii, si modum adiectum impleat. Cui si non parebit placet, legatum revocari posse, quasi sub conditione relictum, quæ postea defecisset. Quæ tria cum ad infirmandum legatum pertineant, putavi & ad eam partem, quæ de infirmandis legatis est, neque ita multo post sequitur, debere a nobis referri. Ubi & a nobis, quod necesse erit, amplius attingentur.

C A P. X V I.

De fine legati: seu quos ob fines legatum non consistat.

Quatuor sunt fines, ob quos legatum improbatur, & qui uam. I.

Turpe *legatum quod uam sit.* II.

Quod nam captatorium. III.

Pœnæ *causa relictum hodie valet ex constitutione Instiniani; nisi si quod heredem, aliumve lucrum ex ultima voluntate sentientem testator facere voluit, id aut impossibile sit, aut legibus interdictum, aut probrosum.* IV. IX.

Probatur illud olim non valuisse; & quod nam sit hoc legatum. V. VI. VII. VIII.

Si quod testator per se non potuit, id per legatum fieri voluit, etiam hic finis obstat legato, ut neque id, quod relictum est, neque onus legatario impositum valeat. X.

Legi si quis quos 31. D. de legat. 2. *conciliatur* L. si quis cum 37. D. de cond. & demonstr. XI. XII.

I. Restat ad vim legati, quod extremum spectare oporteat, huius ipsius legati finis testatori propositus; propter quem & ipsum sæpe fit, ut legatum non consistat. Ac sunt omnino quatuor fines, qui in hoc genere non solum improbentur, sed etiam ipsum legatum inutile efficiant: Si notandi legatarii caussa quid legatum sit; Si alieni captandi; Si pœnæ caussa; Si ut fiat a legatario, quod testator facere non potuit. Quorum de singulis videamus.

II. Notandi legatarii gratia legari intelligitur, cum turpi designatione notatur is, cui legatur, nec alia demonstratio est, ex qua quisnam is sit, possit intelligi. De qua specie dixi supra Cap. XIV. huius Libri. Nam & in hoc legato inest turpis demonstratio. Qua parte etiam species ad formam legati pertinet. Sed inest & in hac demonstratione propositum notandi legatarii: qua parte iam ad hunc locum refertur, & maxime quidem ad hunc locum, quoniam demonstratio turpis non

tam

tam propter se improbatur, quam propter finem, quippe quæ huc spectat, ut quem testator per legatum beneficio afficere debuit, eum malitiosa demonstratione per speciem officii infamet. Dixi hoc genus esse eorum legatorum, quæ turpia legata Pomponius vocat, & odio scribentis pro non scriptis haberi ait in *L. turpia. 54. de leg.* 1.

III. Captandi alieni caussa legatum est id, quod uno verbo dicitur captatorium. Quod totum genus scripturæ pariter, & in institutionibus, & in legatis ac fideicommissis improbatur. *L. captatoriæ* 64. *de leg.* 1. Et de hac specie dixi eodem illo Capite XIV. Habet enim hæc species semper conditionem collatam in secretum alienæ voluntatis. *L. captatorias.* 70. *D. de her. inst.* Quæ conditiones legato adiici possint, aut non possint, ad formam legati, sicut & ipsa conditio, pertinet. Sed eum longius progredimur, quærimusque, quæ sit huiusmodi conditionis improbandæ caussa, reperiemus, esse finem conditioni propositum captionem. Qua ratione iam potest & ad hunc locum recte referri. Genus totum a me diligenter expositum in heredum institutionibus.

IV. Pœnæ caussa relictum [1] olim in ea caussa fuit, ut quodcumque id esset, in totum non valeret. Emendavit Iustinianus, & iussit valere: præter quam si quod heredem testator facere voluit, aut contra, id aut impossibile sit, aut legibus interdictum, aut probrosum. *L. unica. C. de his quæ pæ. no. §. ultim. Inst. de leg.* Impossibile, ut si ita leget: heres meus, nisi cœlum digito tetigerit, Titio centum dato. *§. si impossibilis. Inst. de inut. stip.* Legibus interdictum, ut si ita scribat: fundum dotalem Cornelia heres mea finito alienari: nisi patiatur, Titio centum dari volo. Est enim fundi dotalis alienatio lege Iulia interdicta. *Instit. quib. ali. lic. in pr.* Probrosum, & contra bonos mores hoc modo: Si heres patrem ab hostibus redemerit, si parenti, patronove alimenta præstiterit, Titio centum dato. *L. conditiones, quæ. D. de cond. inst.* Aut hoc modo: Nisi heres uxorem improbam a se dimiserit; nisi matrem perniciosam fœminam expulerit domo, centum dato. *L. reprehendenda. C. de inst. & subst.* Hæc etiam nunc vetat valere Iustinianus. Et merito; quia pœna non est, nisi delicti pœna. *L. aliud est fraus. D. de verb. sig.* Nullum autem delictum eius est, qui etiam si vellet facere non potuit. *L. multa. 6. D. de cond. & dem. L. cum quidam. §. si pupillo. D. de usur.* Ac ne is quidem facere posse creditur, qui aliquid iubetur, quod ius vetet, aut boni mores. *L. filius. D. de cond. inst.* Et ut eum facere posse quis dixerit: tamen non fecisse contra ius, tantum abest a culpa, ut laudandus sit potius, qui non fecerit, sed iuri paruerit. *d. L. reprehendenda. C. de inst. & subst. L. quidam. D. de cond. inst.* Cætera pœnæ nomine relicta, vel adempta, vel translata ex constitutione superiore Iustiniani valent.

V. Pœnæ autem nomine legari, vel adimi, vel transferri quid sit, dilucide declaratur exemplis etiam idoneis adiectis in *d. §. ult. Inst. de leg.* Illud explicandum est, quod se Iustinianus ait primum in eo ius vetus emendasse. Quod falsum videri potest, cum non pauca exempla occurrant in Pandectis, in quibus videatur quid pœnæ nomine legatum, & tamen omnium veterum consensu legatum valuerit, quale illud est, heres uxori meæ penum dato: si penum non dederit, centum dato, *L. 1. D. de pen. leg. L. 1. §. item si. D. ad leg. Falc. L. cum sine. D. quan. di. leg. ced.* quale & illud, heres meus monumentum arbitratu Titii, aut ad exemplum eius, quod est in illo loco, mihi ædificato; si non ædificaverit, centum Mævio dato. *L. multa, 6. L. in testamento. 27. D. de cond. & dem.* Et nihil verius, quam pœnæ caussa relictum in totum olim non valuisse; quod valere cœperit, Iustiniani constitutioni superiori tribuendum esse.

VI. Id vel unus locus Ulpiani abunde declarabit, qui est in *L.* 12. *D. de cond. & dem.* Illic ita legatum proponitur: *quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito.* Ulpianus deberi legatum ait, quia in eo legato caussa versetur, non pœna. Quippe caussam in præteritum, pœnam in futurum conferri: non obscure significans, se, si hic pœnæ caussa legatum esset, contra responsurum fuisse. Neque vero superiora exempla duo hanc sententiam mutant. In illis legatum valet: sed ideo, quia non est legatum in his pœnæ nomine relictum. Observemus enim paulo di-

1) *Ulp. Tit.* 24. §. 17. *&* *Tit.* 25. §. 13. Idque primum Antoninum Pium constituisse probat ex Iulio Capitolino Hot. *in d. §. ult. I. h. tit* Cuius iuris hæc ratio videtur Timæo Fabro *Lib.* 1. *Annot. C.* 1. quod nudo præcepto non possit testator efficere, ut quid fiat, vel non fiat. Pœnæ autem in eum finem adscribuntur. Magis namque spectavit testator, ut id fiat, vel non, quam ut legatarius fruatur relicto, &c.

lo diligentius, quid sit, quod dicitur pœnæ nomine relictum. Id apud Iustinianum in §. *ult. Inst. de leg.* ita definitur, quod coercendi heredis caussa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. Coercendi heredis caussa relinquere intelligere debemus eum, qui nullam aliam caussam relinquendi habet, quam ut heres coerceatur: similiter ut in edicto de deposito, actione proposita in duplum de his, quæ tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa deposita sunt: hæc verba posteriora Ulpianus sic accepit, ut diceret, eum deponere videri tumultus, incendii, & cæterarum rerum caussa, qui nullam aliam caussam deponendi habet, quam imminens ex supra scriptis caussis periculum. *L. 1. §. cum tamen. D. dep.* Proinde si quod testator ab herede præstari vult, id vult præstari alteri, quodcumque legatum addiderit postea testator, si heres prius illud non præstaret, non debet videri pœnæ nomine relictum, ut quod non coercendi solum heredis caussa relictum sit, sed prioris legatarii iuvandi, & legati ei relicti confirmandi gratia. Et vero ita se rem habere Theophili ratio in hanc speciem legati satis indicat. Ille enim in §. *ult. Inst. de leg.* tractans, cur pœnæ nomine relictum olim placeret non valere, rationem hanc reddit, quod legata ex animo, & ex benevolentia erga legatarium proficisci debent, non odio heredis relinqui. Si cui ergo alii voluit testator prodesse, non solum heredem mulctare, legatum ad hanc speciem non pertinet.

VII. Idem etiam evidentius probat definitio Ulpiani de hac specie, quæ definitio exstat in fragmentis Institutionum, sub *Tit. de leg.* Definit enim pœnæ caussa relictum esse, quod coercendi heredis caussa relictum est, quo magis aliquid faciat, vel non faciat, non ut aliquid ad alium pertineat. Quibus verbis posterioribus satis significat, si quid iussum sit fieri, præstari, quod ad alium pertineat, quidquid postea addiderit testator, quo magis provocaret heredem ad id præstandum, non videri pœnæ nomine relictum, quia relictum sit præcipue, quo legatario, aut alteri consulatur, non in hoc, ut heres coerceatur. Atqui tale est hoc legatum, heres uxori meæ penum dato; si non dederit centum dato. Quod totum apparet relictum, & cautum esse uxoris caussa, non odio heredis. Tale & illud: heres meus monumentum mihi ædificato tale: si non ædificarit, Titio centum dato. Hic enim iubetur prius fieri, quod sit in rem testatoris, & quod etiam si solum iuberetur, per se valeret. Nam, ut est in *L. hereditas. circa finem. D. de hered. pet.* in huiusmodi iussu compelluntur heredes principali, vel pontificali auctoritate ad obsequium supremæ voluntatis. Quamobrem quamcumque pœnam addiderit testator, si id factum non sit, non tamen dici debebit relictum esse pœnæ caussa, quod præcipue relictum est testatoris caussa, & quo provocetur heres ad ei obsequendum.

VIII. Restat unus locus Africani, qui videri potest maxime adversari, utpote ita scriptus, quasi legatum in pœnam alicuius relictum ita demum, nullius fuerit momenti etiam tempore Africani, si illicite vel probrose datum sit. Is est *L. 1. D. de his quæ pœ. cauf. rel.* ubi ita scriptum est: *filiofamilias, vel servo herede instituto, etiam si in patris, dominive pœnam illicite, vel probrose datum est, nullius momenti legatum esse respondi.* Et omnino hæc verba hanc significationem habent, ut si quid in pœnam heredis, vel alterius datum sit nec illicite, & probrose, relictum valeat. *arg. in L. 1. ver. huius rei. D. de off. eius, cui man. est iurisd.* Sed ne hoc quidem efficiet, quominus verum sit tempore Africani, & adeo ante Iustinianum, quod pœnæ nomine relinquebatur, in totum nullius momenti fuisse. Nam aut agnoscemus cum doctissimis quibusque locum esse [a] interpolatum a Triboniano, quod certe apparet ab illo factum, ut subserviret constitutioni Iustiniani iam editæ de his, quæ pœnæ nomine relinquuntur: ac tum maxime non aliunde, quam a Iustiniano eiie istam superioris iuris emendationem; aut si a quibusdam hoc impetrari non potest, ut istam interpolationem admittant, dicemus, verbis ipsis superioribus satis ius vetus retineri. Nam & iure vetere non omne, quod in pœnam heredis, vel legatarii relinquebatur, non valebat; sed solum quod relinquebatur in pœnam illicite: ac tum relin-

a) *Constit. tanta §. tanta* 10. de quo noster *supr. Cap.* 2. ubi vide *N.* 14. Qua & usum Tribonianum aliquando Duar. *ad Inscript. Pand. C.* 3. Baro *in Comm. ad* 3. *Constit. Pand. Florent. præfixas* Vult. 1. *Iurisp.* 71. *n.* 53. & hic id fecisse non improbabile videtur, quod & putat Cuiac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 1. Nec propterea tamen ullius criminis insimulari meretur, cum id ei optimo iure licuerit. Non tamen Iustinianus *in d. §. tanta* hoc voluit, ceu recte Ræv. 4. *Var.* 19. ut Triboniano quidvis pro quovis, album pro nigro, longum pro brevi reponere liceret (iuris rationi adversum pro eidem consono, cuius rei insimulatur ab A. Fabro creberrime) sed, ut seqq. docent, ex similibus, & contrariis multis liberam electionem dedit. Et mutationem igitur, adiectionem, detractionem, quatenus ad eam necessariæ.

linquebatur illicite, cum non alterius caussa relinquebatur, sed solum pœnæ caussa, solum heredis coercendi caussa, ut ostendi; alioqui contra, ut declaratur aperte exemplo *L. in testamento*. 27. *D. de cond. & dem.*

IX. Illud ex superiore responso Africani, idest *L.* 1. *D. de his quæ pœ. cauſ. rel.* tenebimus, quod in extremo adiicitur, quæ legata pœnæ caussa relicta non valent, omnia hoc iure haberi, non solum si relicta sint in pœnam heredis instituti, sed etiam si sint relicta in pœnam cuiusque, qui lucrum aliquod ex ultima voluntate sentiat, puta si relicta sint a legatario, aut fideicommissario.

X. Postremo & hic finis legato obstat, cum testator quid legat, quod per se recte legare potuit, si nihil aliud adiiceret: sed legat ea lege, ut in re legata id fiat a legatario, quod ipse testator facere non potuit. Hic [3] quasi legato in fraudem legis composito, placet neque onus legatario impositum, neque fideicommissum ipsum valere. Ut puta: servo proprio a testatore inutiliter legari constat. *L. si minor*, 102. *D. de legat.* 1. Id cavens testator, Caio Seio centum legavit, fideique eius commisit, ut ancillæ suæ testatoris ea daret. Placet, primum hic fideicommissum de pecunia ancillæ testatoris danda non valere, quia quod non potuit testator per se, non debuit illi concedi, ut per alium faceret. Tum autem nec centum Seio deberi, quanvis illa simpliciter legata Seius capere potuerit: & hoc propter finem improbabilem legati, quod structum, ut fraus legi fieret, tanquam quod contra ius esset, admitti non debuit. Hoc in *L. Lucius*. 88. *§. Scævola. codicillis, in pr. D. de legat.* 2. Similiter si quis quos manumittere non poterat, legaverit, ut manumitterentur: placet, nec legatum servorum valere, nec si ultro dati sint, valere libertatem his datam a legatario.

XI. Hoc ita Modestinus definit in *L. si quis quos*, 31. *D. de legat.* 2. In qua specie consentit cum Modestino Paulus, quod ad libertatem attinet, in *L. si quis eum*, 37. *D. de cond. & dem.* Negat enim illic Paulus, compellendum esse in hac specie legatarium, ut servum manumittat, quem manumittere rogatus est, quia sit contra legem futurum. Sed in legato ipso servi videtur dissentire. Ait enim, quanvis legatarius, cui servus legatus est, non cogatur servum acceptum manumittere: tamen a legato servi non esse eum repellendum. Utrobique servus proponitur legatus, ut manumittatur, & utrobique legatum servi nominatur: ut valde ineptum sit hic dicere cum vulgo, in *L. si quis quos, de legat.* 1. legatarium, qui proponitur, nudum, & merum ministrum esse manumissionis, non vere legatarium, ut proinde legatum capere non possit. Apud Paulum autem in *L. si quis eum, de cond. & dem.* legatarium proponi, qui sit vere legatarius, cui proinde legatum debeatur. Ne illam quidem distinctionem hi loci admittunt, ut dicamus referre, utrum servus legatus ut manumittatur, omnino manumitti non possit neque a testatore, neque a legatario, ut si sit pignori obligatus, si in fraudem creditorum manumittatur: an vero non possit manumitti a testatore, sed possit a legatario. Finge, dominum fuisse minorem octodecim annis, qui servum legaverat. *§. ultim. Inſt. quib. ex cauſ. ma. non lic.* Sane enim illud in speciem probabiliter dici potest, si servus omnino manumitti non possit, legatum valere, quia nihil hic fiat contra legem, dum servus a legatario non manumittitur; nihil contra testatoris voluntatem, quia, ut conditio impossibilis pro non scripta habetur, ita & modus. *L.* 1. *C. de his, quæ sub mo.* Contra vero nec legatum, nec libertatem valere, si servus a testatore manumitti potuit, a legatario non potuit; quoniam hoc casu non possit legatarius servum manumittere, quin in fraudem legis faciat. Sed hanc distinctionem superiores loci repudiant. Nam & in *L. si quis quos, de leg.* 1. & in *L. si quis eum, de cond. & dem.* qui manumittere servum non poterat, proponitur legasse, ut cum legatarius manumitteret. Quomodo ut legatarius manumitteret, nisi eum manumittere potuit? Certe in *d. L. si quis eum.* de eo legatario, qui potuit, agitur. Dicitur enim, is non esse compellendus, ut manumittat. Quod plane nisi de eo dici non potest, qui si vellet manumittere, potuit; si nollet, non potuit cogi id facere.

XII. Restat igitur ad hæc concilianda, ut id dicamus, quod nobis ad eam rem suggerit responsum Scævolæ, quod extat in *L. Lucius*. 88. *§. Scævola. codicillis, in princ. D. de leg.* 2. ut scilicet fatea-

3) Hæc verior ratio est, quam illa Cuiac. 22. *Obſ.* 1. quia legatum restitui rogatum per fideicommissum ademptum sit. Quod falsissimum est, vid. *not. C. seq. N.* 2. nec verius id, quod ibidem contendit per *h. tex.* legati adempti esse retentionem, licet non sit petitio.

fateamur, utroque in loco illo superiore servum legatum esse, ut eum legatarius manumitteret, quem & ipse manumittere potuit, cum testator non posset. Fateamur item non solum in hac specie libertatem dari servo non posse, quia sit contra legem futurum: sed nec legatum servi valere, ut traditur in *d. L. si quis eos. de leg.* 1. Sed hoc ipsum, legatum non valere, sic cum Scævola in simili specie interpretabimur, ut ideo dicatur non utile legatum, quia legatarius legatum petere non possit; si tamen legatarius servum acceperit, in ea caussa esse, 4) ut eum heredi restituere non cogatur. Conferamus verba Pauli de hac specie, quæ sunt in *d. L. si quis eum. de cond. & dem.* omnia ad hanc distinctionem quadrare, & Paulum hoc ipsum sentire reperiemus. Ait Paulus, etsi legatarius a legato non repellatur, tamen non est compellendus, ut eum manumittat. Quid est, etsi legatarius a legato repellatur? Valet, etsi legatarius ultro legatum servum acceperit, ut manumittat. Sic enim fit, ut non repellatur, si ultro detur ei servus, quem accipiat. Cur autem non est compellendus ne tum quidem servum manumittere, cum hac lege acceperit, & voluntati testatoris parere oporteat? Respondet Paulus, quoniam legatarius toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil fit futurum. Quod in proposito fieri non potest, ubi si legatarius maior annis manumittat servum, qui fuit domini minoris, faciat contra legem Æliam Sentiam, aut certe in fraudem eius legis, quod tantumdem valet. *L. non dubium. C. de legi.* Esto, instet aliquis, non compellatur legatarius, ne tunc quidem cum servum accepit manumissionis caussa, servum manumittere; At certe hoc saltem casu a legato repellendus est: scilicet ut cogatur eum restituere, quem iam accepit. Aliter enim repelli a legato interpretari non licet in eo, quem legatum iam accepisse proponimus: ut sit hoc loco *repelli* a legato, pro *repelli ab effectu legati*; seu repelli ab eo, ut legatum habeat, ut legatum acceptum maneat. Et vero in his, quæ sub modo relicta sunt, qualis est servus legatus in hoc, ut manumittatur, hæc vis modi est, ut impleri debeat, si potest; alioqui velit testator legatum apud legatarium non manere, unde & revocandi ius est. *L.* 1. *C. de his, quæ sub mo.* Occurrit & huic obiectioni Paulus, atque ita solvit: quanvis legatarius servum acceptum non manumittat, non ideo a legato est repellendus; quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo heredem habere voluisset. Quod perinde est, atque si ita diceret, noluit sane testator legatum apud legatarium manere, qui servum non manumisit, si legatarius per se consideretur; sed si conferatur in hac caussa cum herede, maluit omnino testator legatarium legatum habere, quam heredem. Apparet ex eo, quod legatum de hereditate delibavit, quod heredi detractum conferret in legatarium. *L. legatum.* 116. *D. de leg.* 1. Poteram tacere hoc loco hæc & nos de superiore antinomia ante multos annos Biturigis publice docuisse, nisi metuerem, ne quis parum æquus istud me ex Russardo sumpsisse diceret, qui in Pandectis ab ipso cum scholiis editis superiorem solutionem ad marginem *d. L. si quis eum, de cond. & dem.* timide posuit. Sed res ita habet: & hæc docui multo ante, quam illa sua ederet, & quæ a me publice audierat, non semel in scripta sua retulit; quale est hoc, de quo loquimur, quod non contumeliæ caussa dico, aut quo quidquam illius laboribus detraham, potuit enim his libere uti, quando ea publica omnium esse voluimus. Sed idem libenter facio, ne quisquam in re mea tanquam in aliena aut furtum mihi obiiciat, aut ingenuitatem in me requirat.

CAP.

4) Ita & Cuiac. *d. C.* 1. Rav. 2. *Coniect.* 1. accipit *d. L.* 31. de libertate relicta in fraudem L. Æliæ Sentiæ, de qua eam loqui docet epigraphe illius, iunct. *L.* 16. *de manumiss.* Sed *d. L.* 37. de manumittere vetito L. Fusia Caninia rationem differentiæ esse: Si contra L. Fusiam, continet relictio tantum consilium fraudandæ legis, non eventum. Si contra L. Æl. Sentiam ut *d. L.* 31. duplici fraudi obnoxium est relictum, legis, & creditorum. Nec cessante legis fraude (manumissione non sequente) cessat fraus creditorum. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 14. *n.* 7. accipit quoque *d. L.* 37. de lege Fusia, sed *d. L.* 31. de servo, qui ex pacto, vel propter delictum manumitti non potuit.

C A P. XVII.

Quibus modis legatum ab initio recte constitutum eventu infirmetur, vel ut nunquam debeatur, vel ut deberi cœptum, postea deberi desinat, aut adeo solutum revocetur.

Ad vim legati hoc etiam requiri, ut semel recte constitutum eventu non infirmetur. I.

Illud vel ita infirmatur, ut ne ab initio quidem debeatur; vel ut deberi cœptum, postea deberi desinat. II.

Ut ne ab initio debeatur fit aut casu, *aut* voluntate testatoris. III.

Quo modo casu. IV.

Quo modo voluntate testatoris. V.

Ex testamento, codicillisque quomodocunque in utilibus olim non debebatur; hodie vero si rescissum testamentum ex causa præteritionis, aut exheredationis, debetur. VI. VII.

Revocari legatum sola voluntate testatoris etiam nuda, licet ea testamentum non infirmetur. VIII. seqq.

Legata priori testamento relicta, posteriori imperfecto, quo nulla eorum mentio, adempta non censentur. IX.

Quare. X.

Voluntas revocandi aut verbis *declaratur, aut* rebus, & factis. *Quo modo verbis*. XI.

Facta eandem indicantia quæ sint. XII.

Si capitales, aut gravissimæ inimicitiæ inter testatorem, & legatarium intercesserint, non reconciliata ante mortem gratia, quod relictum erat, ademptum videtur. XIII.

Mutatio rei legatæ, quæ a testatore contigerit, quave non externa facies, sed rei forma mutatur, perimit legatum. XIV.

Ea duplex. XV.

Si legata domus diruta sit, quanvis eodem loco iterum extructa non debetur. Secus si refecta; licet nihil ex pristina materia superfit. XVI.

De nave legata, quam testator postea dissolverit, ius idem. XVII.

Idem & de re mobili in aliam speciem translata. XVIII.

Aliud de re immobili: ut si areæ legatæ domus imposita. XIX.

Huic sententiæ conciliatur L. si chorus 79. §. penult. D. de legat. 3. XX.

Qui rem mobilem legatam mutavit in aliam speciem, si hæc ad pristinam materiam redire non possit, a legato recessisse videtur. Secus si redire possit. XXI. XXII.

Huic distinctioni conciliatur. L. si servum 44. §. si pocula D. de legat. 1. XXII.

Legatum alienatione rei legatæ exstinguitur. Pluribus rebus simul legatis, una alienata, aut perempta, reliquarum, quæ principales sunt, legatum durat; earum, quæ accessiones, exstinguitur; & quæ quibus sint, aut non sint accessiones. XXIII.

Quatenus fundus, cum instrumento legetur, ut instrumentum non sit pars fundi. Et quid legato fundi instructi *contineatur*. XXIV.

Legatum alienatione voluntaria rei legatæ exstinguitur; non item necessaria; nisi voluntatis mutationem heres probaverit. Quid si rem legatam pignori postea, vel hypothecæ testator dederit. XXV.

Servus legatus, qui postea manumittitur, non debetur, nisi rursum servus fiat. XXVI.

Quatenus legatum nominis, huius exactione exstinguatur. XXVII.

Ut quod semel deberi cœpit, desinat postea deberi, efficit aut voluntas testatoris, aut culpa legatarii. XXVIII.

Voluntas in legatis annuis, & similibus ad certam diem, aut conditionem relictis. Et quo modo in iis heredi subveniatur. XXIX.

Item in legatis sub modo, si huic legatarius non paruerit. XXX.

Legatum sub modo relictum ab initio purum esse; resolvi autem sub conditione, si legatarius voluntati testatoris non paruerit. XXXI.

Non ante legatarius ad legatum sub modo relictum admittitur, quam caverit, se, quod testator voluit, facturum. Et cur hæc cautio necessaria. XXXII.

Hæc legatum conditionale non facit. Contrariis occurritur. XXXIII.

Culpa legatarii amittitur legatum, si se iudicio defuncti indignum præbuerit. Quod accidit quatuor de causis. XXXIV.

1. *Si testamentum impugnavit aut ipse falsi accusando, aut accusanti opitulando, aut, cum accusationis iudex esset, falsum pronuntiando, quod postea ex appellatione iustum pronuntiatum est.* XXXV.
2. *Si ut inofficiosum accusavit, nec obtinuit.* XXXVI.
3. *Si tutor eodem testamento datus capax tutelæ se excusavit. Secus si incapax, ut miles, & minor.* XXXVII.
4. *Si testamentum celavit, quod postea emerserit.* XXXVIII.

Prioribus duabus caussis ablatum vindicatur fisco; tertia filio, cui tutor datus; quarta heredi scripto. XXXIX.

Filius suus se abstinendo, aut emancipatus repudiando non amittit legatum, nisi aliud testatorem sensisse liqueat. XL.

I. Dixi de duobus illis, quæ ad legatum, fideive commissum ab initio recte constituendum valent, testatoris voluntate, & legandi iure. Sic enim fit, ut sit legatum, si & testator voluntate sua quid legavit, & quod legavit, ita dedit, ut datum iure consistat. Legato semel constituto, restat adhuc tertium ad vim legati, ut semel recte constitutum perseveret ad extremum, nec eventu infirmetur. Quod cum contra possit, & sæpe, ac varie accidat: superest ad omnem constitutionem legati, ut iam de hoc tertio cognoscamus, quæramusque quibus modis legatum quod initio iure constitit, eventu infirmetur.

II. Ut infirmetur legatum, dupliciter accidit: vel ita, ut non debeatur legatum, ne ab initio quidem; vel ita, ut ab initio deberi cœptum, desinat postea deberi, atque adeo solutum, ac finitum revocetur.

III. Ut ne deberi incipiat, fit aut casu, aut voluntate testatoris.

IV. Casu, cum ius testamenti, aut codicillorum, quibus quid relictum est, solvitur.

V. Voluntate testatoris, cum legatum ab eo revocatur.

VI. Ac de casu superiore expedita admodum ratio est, ut cuius explicatio una, & brevi definitione contineatur, cui hodie una exceptio sit adiuncta. Sic enim vetus fuit, & constans definitio de testamentis inutilibus, ut sive testamentum ab initio nullius momenti esset, puta filio, qui in potestate erat, præterito; sive postea quovis casu esset infirmatum: puta aut ruptum agnatione postumi, aut capitis diminutione postumi, vel hereditate non adita irritum factum, aut bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi perlata rescissum: omnium hæc esset conditio, ut nihil in his scriptum valeret, & quidem ita, ut non modo inde non deberentur legata, sed nec libertates. Optima ratione: scilicet, ut cum testamento ipso, quod totum quoddam est, una etiam eius testamenti partes conciderent: quod hi loci ordine ostendent. *L. filio. D. de ini. rup. L. 1. C. de post. her. inst. L. non putavit. §. ult. D. de bon. poss. con. tab. L. Papinianus. §. ultim. D. de inoff. test. L. ea quam. C. de fid. L. si nemo. D. de reg. iur.* Hodie idem est, sed temperatum generaliter a Iustiniano una exceptione, nisi testamentum inutile sit, aut irritum factum ex caussa præteritionis, aut exheredationis. Quod cum incidit, iubentur quidem institutiones irritæ esse: sed cætera in eo testamento valere. Cautum *Novella, ut cum de app. cog. §. sive igitur.* Comprehensum summatim in *auth ex caussa C. de lib. præt. vel exher.* quem locum in commentariis ad Codicem sum interpretatus.

VII. Codicillorum eadem caussa est. His infirmatis, nec quod in his relictum est, debetur. *L. 1. C. de cod.* Non enim infirmatur ex caussa præteritionis, aut exheredationis, nisi ius testamenti ex his caussis sequantur. Quando sequantur, dixi libro superiore Cap. XXII.

VIII. De voluntate testatoris ad revocationem legati paulo maior quæstio est: certe pluribus verbis indiget. Non enim solum hic quæritur, an legatum voluntate adimi possit, sed an solis tum quibus ex rebus hæc voluntas deprehendatur. Quod sæpe est obscurius, & sine verbis varie contingit. Sic ergo de potestate revocandi, & adimendi legati ante omnia statuatur, ambulatoriam esse voluntatem defuncti usque ad [1] vitæ supremum exitum. Hinc fieri, ut quod dedit, possit adimere; & quod ademit, rursum possit dare, cum velit, & quamdiu velit. *L. 3. §. ul-*

1) *L. 32. §. 3. de don. int. vir.* Sola morte fit irrevocabilis ultima voluntas. Nam ultima est post quam alia nulla *L. 92. de V. S.* vid. Simon de Prætis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. 1. dubit. 2. solut. 9. n. 7.*

3. §. *ultim. L.* 4. *D. de adi. leg.* Sed putet quis fortaſſe, iſta voluntate ſic infirmari legatum, ut teſtamentum, & heredum inſtitutiones: quæ conſtat nunquam nuda voluntate infirmari, ſeu ex eo ſolo, quod poſtea teſtator noluerit illa valere. §. *penult. Inſt. quib. mod. teſt. inf.* Sed ita, ſi aut tabulæ reſciſſæ ſint, aut aliud teſtamentum poſtea rite factum, & ſi quæ ſunt ſimilia facta, quæ cum inciderint, teſtamentum infirment, de quo ſatis diximus libro ſexto in ea parte, quæ eſt de teſtamentis infirmandis. Non ita vero legatorum, & fideicommiſſorum in hac parte ius eſt. Placet enim, utraque hæc non ſolum voluntate, ſed etiam nuda voluntate infirmari, & adimi poſſe. *L. ſi iure.* 18. *D. de legat.* 3. *L.* 3. §. *ultim. D. de adi. leg.* Uſque adeo, ut vel ſola voluntatis contrariæ coniectura, quæ ducatur ex capitalibus inimicitiis cum legatario poſtea incidentibus, putetur ad ademptionem legati ſufficere. *d. L.* 3. §. *ult. de adi. leg.*

IX. Unde quæſtio nata, quæ tractatur in *d. L. iure.* 18. *de legat.* 3. ſi forte qui teſtamento rite facto fideicommiſſum reliquerat, aliud deinde fecerit non iure, an videatur prius fideicommiſſum infirmaſſe. Sane enim iure non infirmavit, cum prius teſtamentum poſteriore imperfecto non rumpatur. Sed potuit videri infirmaſſe ſola voluntate, dum hoc animo eſt, ut poſterius teſtamentum inſtituendo a priore recedat. Quæ ſola voluntas ad revocationem legati ſatis eſt, etiam ſi cætera in priore teſtamento iure ſalva ſint. Et reſpondet Pomponius fideicommiſſum prius eo facto revocatum non videri, non quia ſi teſtator poſterius teſtamentum inſtituendo a fideicommiſſo recedere cogitaſſet, non eſſet rata hæc voluntas: ſed quia id non ſenſit; quaſi ita demum voluerit a priore teſtamento recedi, ſi poſterius valeret.

X. Cur ergo ſi quis teſtamento inſtitutus eſt heres, non poteſt ei nuda voluntate adimi hereditas: legatum, & fideicommiſſum ei, cui relictum eſt, poteſt? Quia heredis inſtitutio, quæ eſt caput, & fundamentum teſtamenti, §. *ante. Inſtit. de leg.* ita ad ſubſtantiam teſtamenti pertinet, ut non poſſit ab eius iure ſeparari. Legata autem, & fideicommiſſa ad ſubſtantiam teſtamenti nihil facere, argumento eſt, quod poteſt teſtamentum valere, etiam ſi teſtator, aliquo herede inſtituto, nihil cuiquam legaverit. *L.* 1. §. *qui neque. D. de hered. inſt.* Ea res facit, ut heredis inſtitutio ius teſtamenti ſecuta non poſſit aliter infirmari, quam ipſum teſtamentum: legata, & fideicommiſſa nihil ad hanc ſubſtantiam pertinentia poſſint, ſalvo etiam manente teſtamento. Atqui teſtamentum, quod certis ſolemnibus peragitur, ex regula iuris facit, ut non poſſit, volente teſtatore, infirmari, niſi rebus in contrarium actis. *L. nihil tam. D. de regul. iur.* puta aut inciſis tabulis, aut alio teſtamento poſtea rite facto. *L.* 1. *L.* 2. *D. de ini. rup.* Proinde nec heredis inſtitutio. Ad quod ius cum legata non pertineant, non mirum, ſi in his eamdem regulam non ſequimur. Qua ſemota, relinquitur, ut in hac re ſolam teſtatoris voluntatem ſpectare debeamus, cuius alioqui in teſtamentis præcipuam rationem haberi oportet. *L.* 12. *in ſi. D. de leg.* 1. idque vel dictante ipſa lege duodecim tabularum, quæ, uti quiſque legaſſit rei ſuæ, ita ius eſſe iubens, *L. verbis: D. de ver. ſig.* hoc ipſo idem denegat, ſi quis quid non legaverit. Quod facit quiſque, dum quod prius legaverat, non vult dari.

XI. Voluntas hæc, ut aliis in rebus omnibus, ſic in hac ademptione ita valet, ut nihil interſit, quomodo declaretur, dum declaretur modo. Declaratur autem non ſolum verbis, ſed etiam rebus ipſis, & factis. Verbis, dum aperte profitetur teſtator ſe adimere, quod dedit; aut quod dedit, ſe non dare, ſeu datum nolle; [2] aut cum legatum in alium transfert. Quæ omnia

2) Cuiac. 22. *Obſ.* 1. putat, legatum etiam cenſeri ademptum, ſi teſtator rem legatam per fiedicommiſſum a legatario alii reliquerit. Sic enim arguit, mortis cauſſa capio hoc modo adimitur *L.* 96. §. *ultim. de leg.* 1. etiam legatum, cuius in hoc eadem ratio eſt. Quia autem ſemel ademptum perpetuo ademptum *L.* 14. *pr de leg.* 1. ei conſequens eſſe ait, ut fideicommiſſo deinde adempto, legatum ad legatarium non recurrat. Amiſſum enim ſemel dominium, & quæſitum alii, non ideo ad priorem dominum redit, quod poſterior dominio exciderit. Et hanc eſſe rationem deciſionis *L. pen.* §. *1. h. t. de ad leg.* Tentari tamen poſſe huiuſmodi adempti fideicommiſſi petitionem non habere legatarium per *d.* §. 1. verbum *pertineret*. Pertinere ſignificat quod peti poteſt *L.* 45. §. 1. *de leg.* 2. habere tamen retentionem *L. pen.* §. 13. *de leg.* 2. Non obſtare, quod fideicommiſſario ante diem cedentem defuncto, res apud legatarium maneat *L.* 17. *L.* 60. *de leg.* 2. *L.* 38. §. 6. *de leg.* 3. quia Scævola in *d. L. pen.* §. 1. *de ad leg.* loquitur de adempto fideicommiſſo. Sed valde errat Cuiac, non animadvertens, hæc tradita ſe ipſa confutare. Nunquam immo relictione fideicommiſſi, ſeu gravatione legatarii, ut reſtituat, legatum ademptum cenſeri poteſt. Quin pugnam hæc implicitam habent, rem legatam eſſe legatario ademptam, ac eamdem rem legatarium debere reſtituere fideicommiſſario. Quomodo enim reſtituet, niſi ipſe prius conſequatur: vid. *ſupr. C.* 7. *N.* 2. & *C.* 8. *N.* 1. quomodo conſequetur, ſi ademptum. Sic ſane ab herede immediate præſtandum eſſet fideicommiſſum a legatario relictum, non ab ipſo gravato *L.* 19. *h. t. de adim. leg.* Quid? An *L.* 14. *pr. de leg.* 1. probat Cuiacii ſententiam, an refellit potius? Refellit maxime. Quod ademptum eſt, nec datum videtur, verba ſunt *d. L.* 14. *pr.* Ab eo, cui nihil

omnia ex *Tit. Inst. de adem. leg.* disci possunt, & ex *L. translatio. D. de adi. leg.*

XII. Facta testatoris eamdem voluntatem eius sine verbis indicantia, hæc fere sunt quatuor: inimicitiæ cum legatario susceptæ; rei legatæ in aliam formam mutatio; eius alienatio; & nomine legato pecuniæ inde debitæ exactio, quæ quidem tria posteriora a testatore in re legata evenerint. Neque tamen ita statim singula, ut non sit in his, quod excipiatur. Itaque propius singula consideranda.

XIII. De inimicitiis ita scriptum est in *L. 3. §. ult.* & *L. 4. D. adi. leg.* ut si quidem capitales, vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, [3] ademptum videatur, quod relictum est. Sin autem levis offensa, maneat fideicommissum. Sed & post inimicitias qualescunque si testator, & legatarius in gratiam redierint, placet [4] legatum deberi; quasi prioribus voluntatibus tam aperte renovatis redintegratum. Constat autem veteribus superioris sententiæ de legato ob gravissimas inimicitias adempto ratio. Scimus enim, quo animo quisque adversus eum, a quo illæ inimicitiæ sint, esse soleat. Certe ita reperietur, ut quanvis inimicum non oderit vir bonus, paratus sit etiam eum iuvare, si egeat; nunquam tamen ita sit affectus, ut velit, ubi necesse non est, in eum esse liberalis.

XIV. Mutatio [5] rei legatæ, quæ a testatore contigerit, si quidem ea non externam faciem rei, sed formam mutat, ut iam res in aliam formam, & aliud nomen abeat, ea legatum perimit ita, ut nec quidquam ex vetere corpore debeatur; nec si res in pristinam formam restituta sit, eo magis peti possit, nisi ex nova testatoris voluntate. Quod species huius mutationis indicabunt. XV.

hil datum est, nihil relinqui potest *L. 9. C. de fideicom. & simil.* Ergo nec ab eo, cui ademptum est. Quod si igitur relicto fideicommissi a legatario adimit legatum, eo ipso adimendo, scilicet faciet, ne relinqui possit. Et ita propter ipsam relictionem fiet, ne relictum censeatur. In quo sane, & sic in sententia Cuiacii inexplicabilis inest contrarietas, quæ qua ratione evitari possit, non video. Vere autem obsistunt Cuiacii opinioni *d. L. 17. d. L. 60. de leg. 2. &c.* Quomodo enim manet apud legatarium res, quam gravatus est restituere, si ipsa rogatione testatoris de restituendo est adempta? Manet sane etiam si post diem cedentem fideicommissarius non agnoscat, vel repudiet relictum. Responsio autem Cuiacii *ad dd. LL.* tantum ostendit, eas non adversari *d. L. pen. §. 1. h. t.* non vero suæ sententiæ de ademptione legati per ipsam dationem fideicommissi. Male etiam Cuiac. huiusmodi adempti retentionem esse. Nam si ademptum esset, nec retentione uti posset. Quia videlicet ademptum pro non dato est. Non dati autem, seu non debiti legati per errorem soluti (nam si consulto, & a sciente retineri fateor, sed non ceu legatum, verum ceu donatum *L. cuius per err. 53. de R. I.*) condictionem, ac repetitionem dari nulla dubitatio est *L. 9. Cod. ad legem Falcidiam, & simil.* Gravi igitur hoc Cuiacii errore relicto, sentio immo nunquam legatum per fideicommissum a legatario relictum adimi, vere, proprie, eo sensu, quo accipitur ademptio in *tit. I. & D. de adim. leg.* quo & Cuiac. sumit. Ad *L. 96. §. ult. de leg. 1.* Resp. vel aliam caussam esse mortis caussa capientis, qui magis est in conditione, quam dispositione testantis, vel vocula *adimendi* ibi sumi nimis large, inspecto scilicet effectu, quo non videtur accipere alii restituturus, *L. 71. de V. S.* Ad *L. pen. §. 1. h. t.* Ref. A. Fabr. 3. *Conj.* 18. negativa inserta legere, *non pertinerent*, quo nihil certius se observasse dicit. Sed salvis §. verbis, dici potest, aliam quæstionem esse, an relictione fideicommissi a legatario sit legatum ademptum, aliam ab eiusdem fideicommissi ademptione, de quo videtur esse *d. L. pen. §. 1.* Nam posterius hoc citius admitti potest, quod probabiliter videri possit, testatorem uti rem istam relictam maluit habere legatarium (si forte contingeret, fideicommissarium deficere) quam heredem, ita prætulit, magisque dilexit fideicommissarium, quam legatarium. Quare mutata eius voluntate in persona magis dilecta, videtur & in minus dilecta mutata esse. Sed cum ex solis coniecturis ademptio non facile colligi debeat, certiori nos ratione expediemus, si dixerimus, singularem ibi esse speciem, qua matri, eidemque heredi, & quidem ex parte (intellige dimidia, arg. *L. 164. §. 1. in fin. de V. S.*) legatum datum est. Ubi si non eius fideicommissum esset, restitueret legatum ex dimidia parte, qua ipsa heres erat, non constituisset, per ea quæ *supr. Cap. 7. N. 2.* Propter fideicommissum autem fit, ut integrum legatum etiam ex parte hereditaria consistat, per regulam *L. 42. de leg. 2.* Hinc nata quæstio, adempto postea fideicommisso, non an legatum prædiorum propterea, & matri censeatur ademptum, sed an legatum istud, quod propter fideicommissum in totum, constitit, cum, si absque eo fuisset, ex parte tantum dimidia valuisset, cessante, & adempto fideicommisso, totum consistere perseveret. Ut ita prædia non ex legato simpliciter facto ad matrem, pro parte dimidia, pertineant, sed *ex prælegatione*, id est perinde ac si ea præcipere iussa esset. Hanc enim differentiam inter legatum, & prælegatum heredi relictum me supra ponere, & probare memini *in not. d. C. 8. N. 3.* ut prælegatum etiam ex parte eius, cui relictum est valeat. Resp. itaque Scævola *d. §. 1. nihil propone cur ad matrem pertinerent*, integra scilicet prædia ex prælegatione, de quo quærebatur. Non vero negat, pertinere pro parte dimidia, ea scilicet qua mater, eademque legataria, heres non erat, & ex simplici legato. Quæsitum enim erat, *an nihilo minus* pertinerent, id est sicuti illo casu, quo non retinet, in solidum legatum percipit, & ex hereditate percipit, ita & posteriore casu, quo fideicommisso adempto, retinet. Et ita videtur.

3) *L. 22. h. t. L. 9. pr. & §. 1. de his, quæ ut indign.* P. Fab. 3. *Semestr. 15. p.* 208. Quæ vero illæ sint vid. Menoch. *Lib. 3. Præsumpt. 37. n. 26. & seqq.* adde *not. supr. Lib. 3. Cap. 9. N. 9.* Quid si iis testator ipse caussam dederit, cessante culpa legatarii? Negat revocari legatum, post Bart. *in L. 16. §. 1. de his, quæ ut indign.* & alios Simon de Præt. *Lib. 1. de Interpr. ult. volun. Interp. 2. dubit. 2. solut. 4.* Contra, & rectius Vasq. *Lib. 1. de Success. creat. §. 10. n. 621. & Lib. 3. de Success. progressu §. 27. n. 9.* quia non prodest legatario, quod sit extra noxam, modo mutata sit voluntas. Et quia si ob unius heredis culpam testator cancellaverit testamentum, id etiam nocet alteri *L. 2. de his, quæ in test. del.* Legata autem facilius infirmantur, & Eman Soarez. *in Annotat. ad* Gomez. 1. *Resol. 12. lit. M.* & Menoch. *Lib. 4. Præsump. 170. n. 6.* ubi & *n* 9. rem huiusmodi legatario ab herede per errorem solutam, repeti posse tradit.

4) Facit *L. in ipsius 5. C. Famil. ercisc.* vid. P. Fab. 3. *Semestr. 15. p.* 208.

5) Item peremptio, ut si unionem legatum solverit *L. 6. præf. de auro & arg. leg.* quod interpretare non, si vivus præstitit. Esset enim ridicula ac indubia quæstio, sed si aceto diluit, ac liquefecit. Vid. Briss. 2. *Antiqu.* 10. Henrich Salmuth. *in not. ad Lib. 1. Memorab.* Pancirolli *pag.* 39. Radulf. Forner. 1. *Rer. Quotid. C.* 11. qui tamen *d. Lib. 1. C.* 12. ut Briss. ac Salmuth. *dd. locis*, & sic accipi posse si de linea detraxit. Quod displicet; & quia detractio sola non sat clarum mutatæ voluntatis indicium; & quia in *d. L. 6. pr.* ponitur, nullam unionem reliquisse testator. Dices, quia detractum alienavit. Regero. At sic alienationem caussam ademptionis ponere debuisset IC. indicium longe apertius, non detractionem.

XV. Contingit vero hæc mutatio aut destructione rei legatæ, aut eius rei in aliam speciem translatione.

XVI. Destructione; ut si domus legata diruta sit; si navis legata dissoluta a testatore. Domus legata est. Ea, dum testator vivit, particulatim ita refecta est, ut nihil ex pristina materia supersit; sic tamen, ut externam faciem mutaverit tantum, nomen, & formam earumdem ædium retinuerit. Nihilominus [6] utile manebit legatum. At si ea domus a testatore destructa est, placet, legatum ita interire, ut, quamvis testator eodem loco postea ædificaverit, nihilo tamen magis id ædificium debeatur; quia hæc nova sit domus, non illa, quæ legata sit. Nisi tamen aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Hæc in *L. si ita legatum*. 65. §. *ult. D. de leg.* 1.

XVII. Idem placet nave legata, si testator hanc dissolverit; ut tum nec materia ipsa, quæ superest, debeatur. *L. lana*. 88. *D. de leg.* 3.

XVIII. Rei in aliam speciem translatione idem accidit, cum res legata facto testatoris in aliam speciem ita mutata est, ut iam corpus novum, quod exstitit, & novam formam, & novum nomen acciperet. Ut puta, lana legata est. Testator ex ea vestem fecit. Neque lanam, neque vestem deberi placet: illam, quia mutatione formæ esse desiit; hanc, quia legata non fuit. Idemque est, si materia legata, navis, armariumve ex ea factum sit. Hæc in *d. L. lana. de legat.* 3.

XIX. Sed observemus hæc dicta esse de rebus mobilibus legatis, quæ translatæ in aliam speciem, & ipsæ formam suam veterem, & vetus nomen amittunt. In area re immobili legata non placuit. Huic legatæ si domus a testatore imposita sit, nova quidem species exstitit, nempe domus, quæ constat ex area, & superficie. *L. qui res. §. aream. D. de sol.* Placet tamen, domum deberi, id est & aream, & superficiem. Diserte scriptum in *L. si areæ*, 39. *D. de leg.* 2. Idem traditum in *L. servum*. 44. *§. si areæ. de leg.* 1. Sed cum exceptione; [7] nisi testator mutaverit voluntatem. Verum hac exceptione idem confirmatur. Significatur enim testatorem superiore facto solo voluntatem mutasse non videri, eoque in re dubia deberi aream, & domum: id est, superficiem impositam. Cæterum si aliunde probari possit, testatorem ea ædificatione voluntatem mutasse, tum domum non deberi, eoque nec aream, quæ est pars domus. Hæc ideo in re dubia ita, quia domo areæ imposita, non mutatur area, sed manet potius, ut ante: & quidem ita, ut sine ea superficies imposita consistere non possit. Unde & præcipua pars domus esse dicitur. *d. L. qui res. §. aream. D. de sol.* Hæc res facit, ut, cum areæ legatæ ædificium imponitur, non superficies tollat legatum areæ, sed area legata manens, una ad se trahat superficiem, quæ accessionis iure cedat areæ.

XX. Videndum tamen, ne contrarium scriptum sit in *L. si chorus*. 79. *§. penult. D. de legat.* 3. Ubi sic Celsi verba sunt: *area legata, si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area facta sit: quamvis tunc peti non poterat, nunc tamen debetur*. His verbis negatur, domum peti posse. Si in voluntate obscura dicitur, aperte superiori sententiæ adversatur. Si in voluntate aperta, quomodo cum testator voluntatem mutaverit, area postea peti potest? Dicendum est, [8] Celsum loqui in voluntate aperta legantis, quem constaret sic ædificare, ut nollet domum deberi; & verba hæc, *quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem esse accipienda; ut sit sensus: quamvis stante ædificio domus peti non posset, quod tunc accidit, cum testator pro certo mutavit voluntatem, ut declaratur in *d. L. servum*. 44. *§. si areæ. de leg.* 1. tamen etiam hoc casu, si, destructo ædificio, area redierit, eam nunc peti posse. Quia mutatio voluntatis in eo tantum fuerit, ne domus deberetur: non ut ne area, quæ, soluto ædificio, semper una, & eadem est, quæ fuerat. In quo utriusque loci consensum agnoscas de area legata, cui postea ædificium sit impositum.

XXI. Sed & in rebus mobilibus legatis, quæ in aliam speciem translatæ sunt, hæc distinctio adhibetur, ut si quidem species, quæ facta est, [9] ad pristinam materiam redire non possit, legatum intercidat,

6) Ratio est in *L.* 76. *D. de iudic.* ubi vid. *not.* Goth. adde Hortens. *in L.* 16. *§. si res* 2. *de pign.* Facilius hoc in nave, quam domo continget, sicuti de nave Thesei, sic diu asservata prodidit, Plut. *in Theseo*. Et navis Ferd. Magellani, qua Moluccas investigatum missus, primus orbem circumvectus est, Hispali servari fertur Io. Metell. *in Præf. ad Libb. Osorii de Reb. gest. Emman. p.* 26.

7) Ita & Cuiac. 23. *Obser.* 22. Notetur autem, rectius hic Don. referre inter species reductionis incapaces, quam inter capaces, quomodo idem *supr. Lib.* 4. *C.* 12. ubi vid. *not. N.* 3.

8) Consentit Cuiac. 5. *ad Afric. ad L.* 36. *de usufr. &* 23. *Obs.* 22. interesse inter hæc scribens, *si modo non mutaverit*, ubi legatarii est probatio, & *nisi mutaverit voluntatem*, ubi heredis. Nec audiendus Menoch. qui 4. *Præs.* 171. *n.* 6. vult ICt. dissentire.

9) Duar. *ad L.* 8. *pr. de leg.* 1. Non exprimitur *in d. §. pen.* quo casu peti, aut non peti possit ædificium impositum areæ; quia de eo non erat quæstio, sed si forte ex coniecturis appareat, tunc non peti potuisse (ædificio stante,) ut si areæ legatæ homini vili imposita domus magnifica, tamen nunc (eo diruto) peti posse. Adde Pac. 7. Q. 45.

cidat. Ut in lana legata, ex qua vestis; in materia, ex qua navis facta est, probari diximus. Sin species ad pristinam materiam reduci potest: placet consistere legatum, & tum materiam, tum speciem, quæ facta est, deberi. Ut, si, massa legata, testator inde poculum fecerit: aut legatum poculum in massam conflaverit, placet & illic poculum, & hic massam deberi. *d. L. lana.* 88. *de legat.* 3. *L. servum.* 44. *§. si pocula. D. de legat.* 1. Hoc ideo, quia in huiusmodi materiis hoc evenit, ut materia quanvis in aliam speciem translata, semper tamen manere intelligatur. Cuius rei certum argumentum sit, quod species ea semper ad eamdem illam materiam reverti potest. Eo fit, quod Paulus vulgo de hoc genere traditum scribit, in *L. quæsitum.* 78. *§. illud. D. de legat.* 3. ut quæ talis naturæ sunt, ut sæpius in sua redigi possint initia, quales sunt species ex superioribus materiis factæ, ea materiæ potentia victa nunquam vires eius effugiant.

XXII. Rursum hic videamus, ne Ulpianus totam hanc distinctionem tollat, in *L. servum.* 44. *§. si pocula. de legat.* 1. atque hoc statuat in omni re immobili legata, ex qua species aliqua facta sit, legatum nihilominus indistincte consistere. Sic enim scribit: *si pocula quis legavit, & massa facta est, vel contra; item si lana legetur, & vestimentum ex ea fiat: Iulianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, legatum in omnibus supra scriptis consistere, & deberi quod exstat. Quam sententiam puto veram.* Ergo in poculis consentit; in lana dissentit aperte, ex qua si vestimentum factum sit, vestimentum, aut lanam deberi supra negavimus. Quod & traditur in *d. L. lana* 88. *de legat.* 3. Et dissentiret omnino, si simpliciter se superiorem sententiam probare diceret; sed addit conditionem: *quam sententiam*, inquit, *puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem.* Et nos certe idem fatemur, si testator ex lana vestimentum ita fecit, ut constaret, eum non mutasse voluntatem, quo a legato recederet, legatum lanæ ita consistere, ut quod ex lana exstat, iudicio testatoris debeatur. Sed hoc quæritur, si de voluntate testatoris aliunde nihil constet, quam ex superiore facto, quid hic statui, & quid hic illum sensisse existimari oporteat. Hic vero ad superiorem sententiam redeundum est, ut dicamus eum, qui rem legatam substulit, vel mutavit in aliam speciem, quasi re legata exstincta, a legato recessisse videri, si quidem species ad pristinam materiam redire non possit; sin possit, contra esse; quia semper materia eadem exstare videatur.

XXIII. Alienatio [10] quoque testatoris in re legata facit, ut quantum de re alienavit, tantum de legato videatur detraxisse: ut si totum, totum; si partem, reliqua dumtaxat pars debeatur. *L. si ex toto.* 8. in princ. *D. de legat.* 1. *L. rem legatam. D. de adi. leg.* Nec solum re principali alienata, extinguitur eius rei legatum; sed una etiam ea, quæ accessionum locum obtinent. *L.* 2. *D. de pec. leg.* Unde quæsitum, pluribus rebus simul legatis, quæ quibus sint, aut non sint accessiones, ut ex eo de earum, quæ superfunt, iure iudicetur. Quod in his caussis quæsitum est: Si ancilla cum suis natis legata sit; Servus ordinarius cum vicariis; Servus cum peculio; Fundus instructus, seu cum instrumento. De quibus ordine responsum legimus in *§. si quis ancillas. Instit. de lega.* & alibi diversis locis, in hanc sententiam, ut, ex duabus prioribus caussis una specie alienata, vel manumissa, nihilominus aliæ debeantur: congruit *L.* 3. *L.* 4. *D. de pec. leg. L. si ancilla.* 62. *L. si ancillas.* 63. *D. de legat.* 1. ex posterioribus autem caussis duabus contra, ut, alienato quidem, aut adempto vel peculio, vel instrumento, nihilominus maneat rei principalis, puta servi, & fundi legatum. At [11] servo legato alienato, vel manumisso,

10) Acrius obstante *L.* 98. §. 8. vers. *nec admissum est de solut.* Resp. Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Extensione a Commercio p. m.* 419. vult in *d. L.* 79. §. *ult.* esse vestigium opinionis Celsi reprobatæ *in d. L.* 98. §. 8. Et dissensionem agnoscunt Forner. 2. *Select.* 16. Fopp. ab Æzema 2. *Differt.* 4. Sed rectissima est distinctio vulgaris inter contractus, & ultimas voluntates, non ex ea solum ratione, quod in testamentis media tempora non noceant, nec quod testamenta plenius interpretemur, ceu vulgo eam probare solent, sed &, quia ipsi Pauli rationi *d.* vers. *nec admissum*, non est locus in ultimis voluntatibus. Neque enim hoc casu obligatio exstincta est, ut restitutione opus sit, sed nondum nata, mutatione in homine legato contingente vivo adhuc testatore. Sane & quod media tempora non nocent, verum puto, non tantum ratione personarum capacitatis, ut Forner. & Fopp. sed & ratione conditionis rerum *d. L.* 79. §. *pen.* & arg. *Regula Catoniana.*

11) Etsi alienatio invalida, modo adsit voluntas in alium vere transferendi, *L.* 24. *in fin. h. t.* Quid autem si rei venditæ dominium nondum translatum? ut si pretium nec sit solutum, nec de eo fides habita. Anceps contentio est, de qua A. Gentil. 1. *Lect.* 10. volens, revocatum esse, quoad speciem legatam; non vero quoad pretium, quod ab emptore solvendum putat legatario, argum. a contrariis ex *L.* 30. §. 3. *de leg.* 1. Ad *d. L.* 24. Resp. Gentil. ibi ex invalida donatione, licet res non exierit vero e donantis dominio, propositum tamen id ipsius, quod satis est ad revocandum legatum. E contrario rei venditæ, creditur testator, noluisse dominium transire ante pretium solutum. Obst. *L.* 27. §. 3. *de instr. leg.* Resp. vid. A. Fab. 1. *Conject.* 6. Quid si rem redemit testator? Non redintegratur legatum, nisi probata nova voluntate *L.* 15. *h. t.* Cuiac. 8. *diff. Modest. ad L.* 18. *h. t.* P. Fab. 3. *Semestr.* 15. *p.* 208. Gomez. 1. *Resol.* 12. *n.* 56. Moller. 4. *Semestr.* 30. Valq. *Lib.* 3.

misso, etiam legatum peculii extinguatur. Idemque accidat in instrumento fundi, cum fundus cum instrumento legatus alienatus est, quanvis sine instrumento. *d. §. si quis ancillas. in fi. Inst. de leg. L. 1. L. 2. D. de pec. leg.* Unde igitur hæc distinctio in rebus pluribus, quas constet pariter esse legatas? Ex illo principio scilicet, quod posuimus, ut pluribus rebus simul legatis, una alienata, aut perempta, nihilominus reliquarum quæ modo principales sint, legatum duret; earum autem quæ accessiones sunt, legatum extinguatur. Quod in superiore istarum caussarum distinctione servatum reperietur. Quam enim rem principalem vocamus? Quæ per se sine alia consistit. Quam accessionem alterius? Eam, quæ sine illa altera consistere non potest. Atqui ancilla sine natis suis; & nati eius sine matre consistunt. Similiter & servi vicarii sine ordinariis. Habent enim omnes bi sua corpora distincta alia ab aliis natura ipsa per se, non fictione iuris subsistentia. Sint ergo singulorum ut æque principalium rerum distincta legata, nec unius alienatio, aut ademptio, aliarum rerum legatum minuat. Contra nec peculium sine servo, cuius peculium est, nec instrumentum fundi sine fundo, cuius est instrumentum, intelligi potest. Unde & de peculio dictum, morte & manumissione servi, item & emancipatione filii peculium esse desinere. *L. ult. D. quan. de pec. an. est act. L. ult. §. ult. C. de inoff. test.* Ex quo intelligitur, peculium esse accessionem servi, instrumentum accessionem fundi. Proinde recte dici & illius legatum alienatione servi, & legatum huius alienatione fundi interire.

XXIV. Sane in fundo recte monet Paulus in *L. 5. D. de inst. & instr. leg.* posse ita fundum cum instrumento legari, ut instrumentum non sit fundi accessio, nec fundo alienato, intereat legatum instrumenti. Quod fieri ait, si testator leget ita: *fundum, & instrumentum*: ubi apparet, eum hæc ita legasse, ut disiuncta esse vellet, & tanquam res æque principales faceret. Item & si leget *fundum instructum*. Plura enim multo continentur appellatione fundi instructi, quam fundi cum instrumento legati, ut declaratur in *L. quæsitum. §. sed si fundus. §. instructo. D. de inst. & inst. leg.* In summa hoc legato veteres contineri definiunt, non tantum agri instrumentum, sed & proprium instrumentum patrisfamilias. *d. L. quæsitum. §. sed si fundus.* [11] Hoc vero & sine fundo esse potest. Ergo illius legatum, fundo alienato, perierit. *d. §. si quis ancillas. Inst. de leg.* huius non item.

XXV. Sed quod dicimus, legatum alienatione rei legatæ exstingui: hactenus verum esse sciendum est, si quis, nulla necessitate rei familiaris adductus, alienaverit: puta, donaverit, aut vendiderit, quod non erat necesse. *d. L. rem legatam. de adi. leg.* Diversum esse, si quis, urgente necessitate rei familiaris, alienaverit: nisi probetur etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Sed hic probationem mutatæ voluntatis ab heredibus, id est a reis ipsis exigendam. Hoc in *L. fideicommissa. 11. §. si rem. de leg. 3.* Nempe quia in dubio semper præsumptio faciat pro legatario, eodemque actore; quasi exstinguendi legati caussa rem non alienet, qui etiam si maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Qua ratione recte placuit, si testator prædia quæ legaverit, postea pignori, vel hypothecæ dederit, mutasse eum voluntatem circa legatariorum personam non videri. Ideoque etiam nunc prædia ab herede peti posse, & quidem ita, ut ab eo liberari debeant. *L. 3. C. de leg.* Non utique quia pignoris datio non sit alienationis species: est enim: *L. ult. C. de reb. al. non al.* Sed quia ipsum pignoris, & hypothecæ nomen indicat alienationis necessitatem. Nemo enim res suas pignori dat, nisi ut pecuniam vel nunc accipiat, qua indiget, vel in ea, quam iam debet, creditoris persecutionem necessaria cautione redimat. Quæ omnia fieri apparet propter necessitatem rei familiaris.

XXVI. Quod si hæc in vera alienatione rei legatæ recipiuntur, ubi res in alterum translata, manet tamen: multo magis in servo legato, si interim manumittatur, recipiendum est, ut quamdiu in eadem conditione est, peti non possit nec eius æstimatio. Hoc Celsus in *L. si chorus. 79. §. ult. de leg. 3.* scilicet quia servus manumissione non solum alienatur a domino, ut supra, sed etiam conditionem mutat, & alius quodammodo homo esse incipit. Et quid, si hic manumissus postea servus factus sit? Celsus ibidem scribit, eum peti posse, quæ vera lectio est. Prius enim dixerat, aream legatam si medio tempore inædi-

Lib. 3. de Success. progressu §. 27. n. 10. ubi excipit, nisi legatarius testatori coniunctus *L. 28. §. 1. de cond. & dem.* & nisi piæ caussæ sit legatum per *L. pen. de man. testam. instit. L. 1. §. ult. ibi ad hanc pietatis caussam C. de Comm. serv. man.* vide plura de hac alienatione apud Menoch. *Lib. 4. Præsumpt.* 167.

12) Quod non sequitur servum nisi legetur *L. 24. de pecul. leg.* Exceptum est in peculio vicariis legatis *L. 6. §. 2. d. t.* Pac. 6. Q. 38.

inædificata fuerit, ac rursus area facta sit, quanvis tunc peti non poterat, nunc tamen deberi. Et in servo quoque legato, si manumissus sit, ac postea servus factus, idem utroque tempore servandum ait. Ergo & servum factum deberi, eoque & peti posse. At enim prius diximus, si domo legata destructa testator eodem loco aliam ædificaverit, penitus interiisse legatum, ut nec domus sequens debeatur, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. *L. si ita legatum. 65. §. ult. D. de leg.* 1. Sed & hæc similia non sunt, domus enim postea ædificata, nova domus est; hæc vero non fuit legata. Non mirum igitur, si non debeatur. Area legata, cui ædificium impositum est, si postea deponatur ædificium, nihilominus semper eadem area est, quæ fuit legata. Et servus legatus, qui postea manumittitur, si rursum servus fiat, [13] semper idem servus est, qui fuerat. Quæ cum sint legata, necesse est ea nunc quoque deberi, nisi probetur, testatorem ne hæc quidem recepta vetere rei conditione præstari voluisse.

XXVII. Restat nominis exactio. De qua Ulpianus in *L. fideicommissa. 11. §. si rem. D. de leg.* 3 scribit ad hanc sententiam, ut si nomen debitoris sui a se legatum quis exegerit, exstinguatur legatum; quia substantia ipsa debiti exstincta sit. Et hoc, nisi appareat, non hoc animo fuisse testatorem, ut legatum adimeret. Ex his autem id conijci posse. Si debitor ultro pecuniam obtulit, quam, offerente ipso, non potuit creditor non accipere. Si exegit quidem ab invito, sed exactam in deposito habuit. Idem esse, etsi ex hac pecunia rem comparaverit, quam sibi habere voluit, & velut apud se esse illius pecuniæ loco.

XXVIII. Ac fit his modis, ut infirmetur ab initio legatum prius, quam deberi cœptum sit. Accidit, ut proposui, nonnunquam, ut deberi cœptum desinat, vel ut peti iam amplius non possit, vel ut solutum etiam revocetur. Id autem accidit aut eadem illa voluntate testatoris, legato finem, & modum iniicientis; aut culpa legatarii sese indignum præbentis legato.

XXIX. Voluntate testatoris, in legatis annuis, & similibus ad certum diem usque, aut ad certam conditionem relictis. Ut Titio decem annua in duodecim annos: decem menstrua, donec pater ab hostibus redierit; donec ille uxorem duxerit. Nemo non videt in his voluntatem testatoris hanc esse, ne post duodecim annos eadem decem amplius præstentur, neve tunc, cum aut navis ex Asia venerit, aut legatarius uxorem duxerit. Et vero ita finitur legatum, nec iam amplius utiliter peti potest. Tantum hic monendi sumus, quod supra in hoc genere adiectorum attigimus, consequi id heredem non ipso iure, sed tantum per exceptionem. Iure enim fieri, ut obligatio semel cœpta, quanvis constituta ad tempus, sit perpetua; quia tempore finiri eodem iure prohibente non potest. Sed prætorem subvenire, proposita generali exceptione doli adversus omnes, qui per occasionem iuris civilis contra æquitatem naturalem quid petant. *L. 1. D. de dol. exc.* Talis petitio cum sit eius legatarii, qui per occasionem superioris iuris contra voluntatem testatoris post tempus petat: merito petentem hac exceptione summoveri, utcumque iure summo actio cœpta perseveret. *L. nemo. 55. D. de leg. 1. L. obligationum fere. in pr. D. de obl. & act.*

XXX. Eadem voluntas finem, & revocationem iniicit legatis, quæ sub modo relicta sunt, si, legato accepto, legatarius modo non paruerit. Ut, si cui centum legata sint, ut monumentum, ut insulam ædificet, ut Stichum manumittat: aperte hæc mens est testatoris, ut nisi hæc faciat legatarius, legatum non maneat, sed caussa legati non secuta revocetur. Nam & in contractibus si quid ob rem datum sit, ut quid fiat, id agi intelligitur, ut, caussa non secuta, datum reddatur, quam ob caussam & dati repetitio constituta est. Multo vero magis testatori ob eamdem caussam danti is sensus inesse credendus est, quo magis ea fiant, quæ voluit, quibus promovendis ipse post mortem suam superesse non potuit: ac proinde ea caussa, quam adiecit, non secuta, multo magis revocatio ex eius voluntate admittenda est, ut suprema voluntas conservetur.

XXXI. Sed tamen utrum hic purum sit legatum, quod peti possit etiam ante, quam legatarius modum impleverit, quo demum accepto, legatarius, quod iussus est, facere debeat: ni faciat, tum deinde legatum revocetur: quod modo diximus: an vero legatum sit sub conditione, qua fiat, ut is prius modum implere debeat, quam ad legatum perveniat: horum, inquam, utrum probandum sit, dubium facit *L. 1. C. de his, quæ sub. mo.* Quinimo

13) Ac ita non dicendum est *d. L. L.* correctam esse per *d. §. 17. ut ibid.* Baro, nec eam tantum obtinere, si probetur ea mens fuisse testatoris, regulariter contra, ut Pac. 6. Qua. 35.

imo hæc ita scripta est, ut posterius hoc potius constituere videatur. Sic enim illic definitur: In legatis, & fideicommissis modum pro conditione observari. Scimus in legatis, & fideicommissis conditionis hanc vim esse, ut quæ sub conditione relicta sunt, non prius deberi incipiant, quam conditio extiterit. *L. legata.* 41. *D. de cond. & dem.* Sit ergo, dixerit aliquis, & modi adiecti ex superiore definitione vis eadem, ut ne sub modo relictum ante debeatur, quam modus impletus fuerit. Sed non hæc vis est huius legati. Quod quia superiore illa definitione negari videtur, operæ pretium est, nos in vera sententia de hac specie adversus eius loci, & aliorum quorumdam dubitationem paulo diligentius confirmari. Sciamus igitur, legatum sub modo relictum ad petitionem purum esse, idest tale, quod statim debeatur, & peti possit, ac dari etiam debeat prius, quam legatarius modum impleverit, aut eius implendi caussa ullam partem attigerit eorum, quæ facere iussus est. Tum eum implere debere, cum legatum acceperit. Ni faciat, cum potest, ibi legati exitum hunc esse, ut legatarius voluntate testatoris defectus, legatum sibi habere non possit; & quoniam tenet, id restituere debeat, tanquam ob rem datum re non secuta. Vel ipsa conceptio legati hanc testatoris mentem esse plus satis declarat. Nam qui legat decem Titio, ut quid faciat, aperte vult prius legatum præcedere, sic deinde sequi id factum, propter quod legatum dedit. Quod ex contractibus facile animadvertere possumus, in quibus quid datur ob caussam, ut scilicet ab eo qui accepit, detur quid vicissim, aut fiat. Ubi natura ipsa nos docet prius esse omnino, ut quid detur, sic deinde caussa sequatur, propter quam quid datum voluimus. Neque porro alia hic legati conceptio est, quam in superiore traditione ob caussam dati. Quominus autem dubitemus ita esse, faciet, quod in hac specie scribit Iulianus in [14] *L. cum in testamento.* 48. *D. de fid. lib.* Testator ita scripsit: heres meus Stichum Titio dato ita, ut eum manumittat. Agnoscimus, legatum relictum sub modo, quale est id, de quo nunc agimus. Scribit Iulianus, *petenti Stichum legatario exceptionem doli mali obstaturam, nisi caverit, se libertatem secundum voluntatem defuncti præstaturum.* Qui in hac specie dat exceptionem adversus petentem legatarium, prius hoc confirmat, legatario in ea re, de qua agitur, esse actionem: quoniam non est exceptio, nisi adversus actionem iure comparatam. *Inst. de except. in pr.* unde exceptio dicta actionis exclusio. *L. 2. D. de excep.* Quid est igitur illud, quod dicitur, in legatis, & fideicommissis modum pro conditione observari? *d. L. 1. C. de his quæ sub mo.* Ad exitum, & effectum legati, non ad initium, & petitionem id referendum est. Sane enim in legatis & modus æque implendus est, atque conditio: qui, nisi impletus erit, hic legati exitus futurus est, ut non magis ad legatarium pertinere debeat, quam legatum sub conditione relictum non impleta conditione. Quam ob caussam & tanquam quod sit apud eum sine caussa, [15] restituere cogitur. Sed initium obligationis, & petitionis in utroque genere non idem. Sub conditione relictum conditionem exsistentem prius exigit, quam quidquam debeatur; ut proinde ante multo minus peti possit. Relictum sub modo nullum factum legatarii præcedens desiderat, quo ad legatum perveniatur; unde hic præsens obligatio & petitio. Tunc desiderat, cum legatum acceptum fuerit; atque hinc eo non secuto, legati revocatio, quæ pariter eum deficiente conditione legatario legatum adimit.

XXXII. Sed quod legatum verbis testatoris, & ex testamento conditionem non habet in hac specie, id extrinsecus auctoritate iuris ex æquo, & bono conditionem accipit. Placet enim, legatarium, cui sub modo legatum est, non aliter admitti, [16] quam si caverit, se quod iussus est, facturum. *d. L. cum in testamento.* 48. *D. de fid. lib.* Neque hic nuda cautio sufficit, sed satisdatio exigitur; & quidem ita, quasi hac conditione legatum esset, si legatarius satisdedisset. *L. quib.* 40. *§. ult. D. de cond. & dem.* At quorsum hæc cautio, cum & sine ea cautum sit heredi de legato, constituta adversus legatarium legati revocatione, si voluntati testatoris non paruerit, ut diximus? Etsi quidem hac revocandi potestate satis cautum

14) Et in *L.* 80. *de cond. & demonstr.* ubi aperte statuitur disparitas conditionis, & modi, vid. Cifflet. *Lib. 2. de Iure Fideic. C. 12. & not. supr. C. 14. N. 5.*

15) Chiflet. *d. C.* 12. *pag.* 934. Modum etiam vocari conditionem *L. 21. §. 3. de ann. leg. L. 71. §. 1. de cond. & dem.* quia in effectu est pro conditione, & cum ea multa habet similia, vid. & Cuiac. *Consult.* 2. & 5.

16) Datur & hodie actio fideicommissi ei, cuius gratia modum adiecit testator, seu cui ex eo emolumentum quæri voluit *L. 2 C. de his, quæ sub modo.* Chifiet. *d. C.* 12. Cuiac. 14. *Obs.* 25. ubi *d. L. 2.* vers. *sive ad conditionem*, sic interpretatur: Sin verba modalia pura sint, statim fideicommissi petitio. Ex. gr. Lego tibi Stichum, ut Titio 10. des. Sin conditionalia, post eventum conditionis, ex. gr. ut 10. des Titio si navis ex Asia redierit.

tum esset heredi fore, ut testatoris voluntas servaretur, nihil alia cautione esset opus, multoque minus satisdatione. Nunc autem ea potestas ad cautionem non sufficit. Potest enim legatarius, legato accepto, modum negligere, & quidem ita, ut legatum non reddat. Quid enim, si deficiat facultatibus, ut non sit solvendo? Quod si accidit, aperte circumvenitur voluntas testatoris. Id ergo ne fiat, superiore satisdatione prospicitur. Quæ ratio huius cautionis inducendæ etiam tunc, cum repetitio dati competit, redditur in simili specie a Pomponio in *L. is cui. 31. in fi. D. ad leg. Falc.* Cumque æquum sit in proposito id ita caveri, ideo proponitur heredi exceptio doli, qua a legatario legatum petente id consequatur. *d. L. cum in testamento. 48. de fid. lib.*

XXXIII. Ergo, dicet aliquis, erit hoc legatum conditionale, quod prius negabamus. Minime vero ideo conditionale. Conditiones enim non ex testamento, sed extrinsecus venientes non faciunt legata conditionalia. *L. conditiones. 99. D. de cond. & dem.* Talis est autem hæc conditio, quæ auctoritate prudentium æqui, & boni interpretatione inducta est, non ex testamento profecta. Quæ si esset ex testamento, legatarius ipso iure repelleretur a legato, utpote voluntate testatoris defectus. Nunc autem removetur solum per doli exceptionem. *d. L. cum in testamento. 48 de fid. lib.* quæ exceptio a iure est, & æqui ac boni regula continetur. *L. 1. D. de dol. mal. excep.* At enim Trebatius legatum sub modo relictum respondit pro eo habendum, ac si ita legatum esset, si satisdedisset legatarius, se quod iussus est, secundum voluntatem defuncti facturum. Quæ & sententia recepta est. *d. L. quibus. 40. §. ult. D. de cond. & dem.* Sed multum interest, utrum dicamus, legatum sub hac conditione relictum esse, an vero pro eo habendum, ac si sub ea conditione relictum esset. Quinimmo hæc sunt contraria. Nam qui pro eo habendum dicit, ac si sub conditione legatum esset, hoc ipso re vera sub conditione legatum esse negat. Quod ex similibus formulis potest intelligi. Dicimus enim, interdum conditionem pro impleta haberi. Quod tunc facimus, cum intelligi volumus, vere impletam non esse, etsi iure pro impleta habeatur. *L. 5. D. quan. di. leg. ced. L. in iure. D. de con. & dem.* Dicimus & deportatos pro mortuis, seu mortuorum loco habendos. *L. 1. §. pen. D. de bon. pos. cont. tab.* Quo tamen ipso maxime vivere significantur. Vivere certe natura constat. Nunc rem in pauca conferam. Stet igitur de hoc genere hæc sententia: legatum sub modo relictum ab initio purum esse, resolvi autem sub conditione, si legatarius voluntati testatoris non paruerit. Neque hanc conditionem legati mutari, quia dicatur legatarius æquitatis ratione non prius ad legatum admitti, quam satisdederit, se quod testator voluit, facturum. Hanc enim moram petitioni iniici; non legato, ut de heredis aditione dicitur in *L. heredis, 7. D. quan. di. leg. ced.* Denique conditionem ex iure esse, non ex testamento. Cuiusmodi conditiones non reddunt legata conditionalia. *d. L. conditiones, 99. de cond. & dem. d. L. heredis, quan. di. leg. ced.*

XXXIV. Culpa sua legatum alioqui iure deberi cœptum amittit legatarius, qui se iudicio defuncti [17] indignum præbet. Præbere autem se indignum ex his factis [18] quatuor tanquam caussis existimatur; quamobrem & ex singulis legati persecutio ei denegatur.

XXXV. Primum si testamentum, quo legatum relictum erat, tanquam falsum impugnavit aut falsi accusando, aut accusanti opitulando, aut cum eius accusationis iudex esset, falsum pronuntiando, quod postea ex appellatione verum, & iustum esse pronuntiatum est. *L. post legatum, §. 1. §. his vero,* & duob. sequen. *D. de his, quæ ut ind. auf.*

XXXVI. Secundo, si idem testamentum accusavit tanquam inofficiosum [19] nec obtinuit. *d. L. post legatum, §. si filiusfamilias, in fi. de his, quæ ut ind. L. filius, §. 1. D. de in f. test.*

XXXVII. Tertio, si tutor eodem testamento datus cum gerendæ tutelæ capax esset, a tutela se excusavit. *d. L. post legatum §. amittere.* Nam qui in onere sibi iniun-

17) Item si testatorem occidit, *L. Lucius 9. de I. Fisci.* Quid si occiderit ob eius culpam, mœchum uxoris, proditorem patriæ. Vasq. *Lib. 1. de Success. resolut. §. 9. n. 123. & §. 20. n. 23. & seq.* distinguit: si occisio fuit meritoria, ut in proditore, qua præmio potius dignus heres, non privari eum hereditate. Sin tolerabilis tantum, ut in mœcho, tunc etsi pœna dignus non sit, tamen lucro indignum esse, itaque fisco hereditatem cum oneribus legatorum concedendum, argum. *L. 1. de his, quæ ut indign.*

18) Vid. Connan. 9. *Com. 9. n. 9. & 10.* Aufertur autem & hereditas ceu indigno, si necem defuncti heres non vindicaverit *L. 1. L. 6. 9. 10. C. L. 17. l. 20 & seq. de his, quæ ut indig. aufer. & tot. tit. D. ad SC. Syllan* Quod tamen ad legatum extendendum non videtur, *per L. 11 de his, quæ ut indign.* ibi, *omnes heredes vel qui loco heredis sunt.* Loco heredis non est legatarius.

19) Sunt & aliæ caussæ, quas recenset Wes. *in Par. de his, quæ ut indig.*

iniuncto iudicium defuncti contempsit, meretur, ut etiam honore a testatore delato careat. Dixi, si tutor tutelæ gerendæ capax esset. Nam si non fuit, ut miles, aut minor 25. annis: etsi tutelam non geret, nihilominus legatum consequetur. Non enim contempsit iudicium defuncti; eoque nec iuste ab ea petitione repellitur, qui, etiam si vellet, tutelam administrare non potuit. Traditum in *L. ab administratione. C. de leg.*

XXXVIII. Postremo, si legatarius testamentum celavit, quod postea emerserit, iuste adversus eum constitutum est, ne calliditatis suæ fructum capiat, quia conatus est heredem hereditate defraudare. *L. pe. C. de leg.*

XXXIX. Sed ex his causis legatum amittitur legatario dissimiliter. Nam ex duabus prioribus sic illi amittitur, ut ei tanquam indigno ablatum vindicetur fisco. In causa falsi indicatur in *d. L. post legatum. §. si filiusfamilias. de his, quæ ut ind.* In caussa inofficiosi diserte traditum in *d. L. filius. §. 1. D. de inof. test.* Ex duabus posterioribus sic legatum aufertur, ut non transferatur ad fiscum: sed ex causa quidem recusatæ tutelæ, quod tutori denegatur, relinquatur filio, cuius utilitates dilertæ sunt. *d. L. post. §. amittere. de his quæ ut ind. d. L. pe. C. de leg.* Ex causa autem celati testamenti maneat apud heredem, cui legatarius nocere voluit. *d. L. pen. C. de leg.*

XL. Nihil simile patitur filius, qui heres a patre institutus, hereditate se abstinuit suus, aut emancipatus hereditatem repudiavit. Etiam hereditate omissa, placuit, hunc a coherede petere posse legatum sibi eodem testamento relictum. Non enim videri impugnari iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. Sed hoc ita, nisi appareat, aliud sensisse testatorem. Hæc in *L. filio*, 87. & tribus seqq. *D. de leg.* 1.

C A P. XVIII.

Legatum recte delatum tempestiva agnitione acquiri; tempestiva repudiatione amitti. Quando utraque tempestiva, ut aut legatum agnoscere, aut repudiare liceat: Cum liceat, quatenus liceat. Agnito, aut repudiato eo, quæ vis agnitionis, & repudiationis.

Legatum acquiritur volenti sola voluntate. I.
An & ignoranti. II.
Agnitum a quo tempore fiat legatarii. III.
Ad vim agnitionis duo quærenda, & quæ nam. IV.
Agnosci legatum utiliter potest cum in ea causa est, ut acquiri possit. V.
Posse autem intelligitur eum & delatam est iure, nec postea repudiatum. VI.
Delatum quando intelligatur. VII.
Non defertur, nisi post testatoris mortem. VIII.
Nec ante aditionem hereditatis. IX.
Neque, si quid horum adiectum, ante diem, vel conditionem. X.
Repudiatum acquiri amplius non potest. XI.
Si unum est legatum, aut totum agnoscendum, aut a toto abstinendum. XII.
Sin plura, uno repudiato, alterum amplecti nemo prohibetur, nisi unum ex iis onus habeat, quod repellatur. Et quando videantur plura legata esse, quando unum. XIII.
Heredes legatarii legatum, & si unum, scindere possunt, ut alter suam partem acquirat, alter repudiet. XIV.
Agnitionis legati effectus est ipsius legati acquisitio. XV.
Hæc in rebus certis legatis, quæ testatoris fuerunt, duo continet, & quæ nam. XVI.
Harum rerum dominium recta via transire in legatarium. Ubi duo singularia: quod sine traditione, & possessione, quod retroversus. XVII.
Huius iuris quinam effectus. XVIII.
Legatum nunquam damnosum. XIX.
Quæ in eo agnoscendo sunt leges, eædem sunt & in repudiando; ipse repudiare potest, qui & acquirere. XX.
Repudiationis effectus est, ut retroversus res legata videatur fuisse heredis, si quidem ab eo relicta. XXI.
Quæ nam ei inde commoda obveniant, & quatenus. XXII.

Hodie

Hodie a quocunque relictum sit legatum, legatario repudiante, apud eum, a quo relictum est, manet. XXIII.

I. Expositis iis, quæ valeant ad legatum constituendum, in quibus tria hæc esse initio proposuimus, ut & sit aliquid legatum; & sit iure, atque utiliter; tum, ut in eadem caussa ad extremum manserit, nec sit infirmatum: postquam de his huc usque diximus, hactenus tantum dixisse videmur, quo intelligatur, quando legatum alicui delatum sit. His enim ipsis rebus efficitur, ut sit delatum. Quæ prima pars est, & præcipua, eaque ut in hereditatum delatione late patens, per quam perveniatur ad legati acquisitionem. Hac parte posita, sequitur altera, quæ perficiat hanc ipsam acquisitionem, posita in facto eius, cui quid legatum est, ut quod delatum est, ipse amplectatur, & velit ad se pertinere, quo modo iure oportet. Nunquam enim liberalitas invito cuiquam acquiritur. *L. hoc iure. §. non potest. D. de donat. L. invito. D. de reg. iur.* Hic ergo prima quæstio est, quo facto legatarii legatum recte delatum ei acquiratur. Et placet, ut invito ei non acquiritur, ita volenti sola voluntate acquiri, simul ut legatum ad se pertinere voluerit, *L. servum.* 44. §. 1. *de leg.* 1. *L. si mihi pure.* 59. *de leg.* 2. Uno verbo, si legatum agnoverit. Sic enim dicitur ut hereditas, ita & legatum, ac res legata agnosci ab eo, qui legatum admittat, amplectatur, in *L. nihil.* 12. *in pr. L. pen. §. ult. De inof. test.* Quod &

In quo nam legatario repudiatio noceat, in quo prosit. XXIV.

nostri intelligi volunt per contrarium, cum dicunt legatum legatario acquiri, si legatum non repudiaverit, si a se non repulerit. *d. L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. de leg.* 1. *L. legatum.* 80. *de leg.* 2. Hoc enim sentiunt, cum certum erit legatarium legatum non repudiasse, non a se repulisse. Id autem certum fit, cum agnovit.

II. Legimus tamen etiam ignorantibus legatum acquiri. *L. cum pater.* 77. §. *surdo. D. de leg.* 2. An videntur hæc cohærere? Omnino.[1] Ignorantibus enim acquiritur non simpliciter, non certo, & irrevocabiliter; sed sub conditione, si quandoque postea agnitum fuerit. Quod ni ita esset, non liceret unquam delatum repudiare. Ut enim semel repudiatum postea acquirere non possumus: ita semel vere, & perfecte quæsitum non licet repudiare. *L. sicut. C. de rep. hered.* Licet autem delatum legatum repudiare, quod ante non agnoveris, ut postea dicetur. Non ergo ante agnitionem certo, & perfecte fuit legatarii. Secuta autem postea agnitione, tum certo, & perfecte acquiritur, quam ad rem agnitio est necessaria.

III. Acquiritur autem ita, ut iam non ex eo tempore tantum, quo agnitum est, fiat legatarii: sed retroversus iam inde ab initio, ex quo[2] adita est hereditas, eius factum intelligatur; agnitione videlicet

1) Contra A. Fab. 8. *Coniect.* 19. hoc plus esse in legato, sentit, quam in hereditate, quod hereditas nec ignoranti, nec invito acquiratur: Legatum autem etsi non invito, tamen ignoranti, non tantum quoad personalem actionem, ut vult Cuiac. *ad L.* 16. *de testam.* & P. Fab. *ad L.* 15. *de R. I.* Sed & quoad ipsum dominium. Quod probat (1) *L.* 59. §. 1. *Quem serv. am.* tua in verbis, quia (idest legatarii) via esse cœperat. (2) Quia in *L.* 77. §. 3. *de leg.* 2. dicitur, ignorantibus emolumentum quæri, quod non in agendi facultate consistit, sed in ipsa re legata. (3) Quia repudiatio legati vocatur alienatio, & res legata dicitur esse pupilli ante repudiationem in *L.* 5. §. 8. *de reb. eor. qui sub. tut.* (4) Quia legata etiam infanti, ac furioso acquiruntur *L.* 16. *de test.* ubi tamen pro *personales*, mavult Faber legere, *personis tales*, scilicet actiones, quæ nomine legati competunt, tam in rem, quam in personam. Putat tamen Faber & vulgatam lectionem defendi posse; si dicatur, ideo de personalibus actionibus rationem subiicere ICt. quia non potuit alia adferri ratio, quæ fideicommissis perinde ut legatis (de utrisque enim in *d. L.* 16. agitur) conveniret. Nam ex fideicommisso iure antiquo sola personalis actio. Nec tamen hæc acquisitio, inquit Faber, quæ fit sola legis potestate, facit, quo minus liceat repudiare, ne alioqui lex videatur invito beneficium dare. Vid. idem 14. *Coniect. pag.* 72. *&* 20. *Coniect.* 2. & qui acerbe Cuiac. perstringit, Hortens. *ad L.* 1. §. 1. *de Us. acer.* Puto, sententiam Fabri bonis niti rationibus. Sed *d. L.* 16. *de Test.* sic melius incorruptam servari posse, si dicamus ibi in vers. *nam etiam*, argumentationem esse a minus verosimili ad magis, huiusmodi: Si aliquo casu personalis actio potest acquiri ignorantibus, etiam compotibus mentis, quod minus probabile videtur, eo quod illa oriatur ex negocio gesto; magis & facilius (infertur ibi tacite) potest ignoranti, & sic etiam infanti, ac furioso, dominium rei legatæ acquiri, quia inter modos acquirendi dominii iam olim unus, & fere præcipuus, qui fit per legem. Ulp. *Tit.* 19. §. 2. *&* §. 17.

2) Ita & Cuiac. *ad L.* 7. §. 5. *de dolo*, agnitionem retrotrahi ad tempus aditæ hereditatis, non vero ad tempus anterius *d. L.* 7. §. 5. Sed A. Fab *ad d.* §. 5. immo, & ad tempus mortis retrotrahi, etiamsi conditionale sit, vel in diem relictum *L.* 12. §. 1. *Quemadm. serv. amitt. L.* 34. *& seqq. ad L. Aq. L.* 105. *de cond. & dem* Sed hæ LL. plane impertinentes, nec ullo modo id, quod Faber intendit, probant. Et quod ad diem aditionis tantum retrotrahatur Tex. est. *d. L.* 86. §. 2. *de leg.* 2. Resp Faber. Etiam sic ad tempus mortis, quia dies aditionis ad diem mortis retrotrahitur *L.* 54. *de acq. her.* Ergo fictione iuris idem tempus aditionis, ac mortis, quoad ea, quæ fictionem recipiunt. Sed *d. L.* 54. locum habet in hereditate, non in legato, in quo necessitas, quæ illam fictionem in hereditate requirit, vid. *supr. Lib.* 7. C. 10. N. 7. *& ibi not.* cessat. Denique refellitur Faber ex *d. L.* 7. §. 5 *de dolo*. Resp. quidem is retractationem hanc fieri sola fictione, ac potestate iuris, cui fictioni locus esse non possit, quam si res extet eo tempore cum incipit locum habere fictio, id est cum aditur hereditas. Unde si ante aditam servus legatus interemptus sit, non videri eum fuisse legatarii d. §. 5. Sed ut verum esset non tempore agnitionis, sed aditionis incipere fictionem, tamen, si ratio firma, sequeretur, hereditario servo non legato interempto ante aditionem, nec heredi esse actionem L. Aquiliæ ex eadem ratione, quod utique falsum est.

licet tanquam exsistente conditione, præcedentis temporis acquisitionem, quæ adhuc in suspenso erat, in id quoque tempus confirmante. Hoc enim de vi agnitionis ita traditur in *L. servum*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus*. *D. de leg.* 1. Ita fit, ut, agnitione secuta, recte dicatur, legatum pro antecedente tempore etiam ignoranti quæsitum fuisse. Interim semper hoc manet, quod posuimus, volentis, eoque & scientis agnitionem in hac acquisitione intervenire debere, sine qua in neutrum tempus quidquam acquiratur; ea interveniente, acquiratur in utrumque.

IV. Neque tamen quævis agnitio ad eam acquisitionem statim est utilis. Ut agnitio procedat, duæ sunt in eo cautiones: ut legatum suo tempore agnoscatur, & agnoscatur in eo tantum, quantum ius postulat; ut proinde ad vim agnitionis duo hæc quærenda sint, quando legatum agnosci possit, & quatenus.

V. Ac de priore sic habendum, tunc agnosci legatum utiliter posse, cum acquiri, & ad hos pertinere potest. *L. si ita sit scriptum*. 45. §. 1. *C. de leg.* 2. Quod non ita definitur, quasi diceretur, non posse legatum agnitione acquiri prius, quam iure possit acquiri: idest, non posse legatum acquiri, quod non potest acquiri. Quo quid posset dici stultius, ubi idem per idem explices? Sed hoc dicitur, si priusquam legatum acquiri potest, agnoscatur a legatario, non modo id tunc acquiri non posse, quod stultum esset monere: sed & agnitionem ipsam in omne tempus esse inutilem, non dico ad hoc, ut tunc acquiratur legatum, quod constat non posse; sed ut ne postea quidem quidquam prosit agnitio ad legatum acquirendum, quamvis legatum postea deferri cœperit. Veluti, si quod sub conditione legatum erat, legatarius pendente conditione agnoverit, ac deinde conditio extiterit. Hic, inquam: non plus effecerit præcedens agnitio, quam si nulla præcessisset. Ut proinde & ad acquirendum legatum nova agnitione sit opus; & si legatarius, mutata voluntate, velit nunc repudiare legatum, præcedens agnitio, quæ pro nulla habetur, quominus id fiat, non sit impedimento.

VI. Legatum tunc acquiri potest, cum & delatum est ab initio iure, & delatum non est repudiatum.

VII. Delatum intelligitur sive ex testamento, sive ex qua alia suprema voluntate, cum & voluntas iure valuit, & testator mortuus est, & adita eius hereditas, & legatum relictum est pure; aut in diem quidem, sed qui dies venerit; vel sub conditione, sed quæ exstiterit. Cæterum ex testamento quod non valet, nihil deberi potest. *L. ex testamento*. *L. eam quam*. *C. de fideic.* Præterquam si irritum sit ex caussa præteritionis vel exheredationis *auth. ex caussa*. *C. de lib. præt. vel exher.* de quo diximus capite superiore.

VIII. Sed & suprema quævis voluntate quantumvis iusta nihil defertur, ne hereditas quidem, nisi post testatoris mortem. Unde testamentum definitum sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. *L.* 1. *D. qui test. fac. pos.* Ex hereditas dicta successio in universum ius defuncti. *L. hereditas*. *D. de reg. iur.* Ex quo illud, eius qui vivit, nullam esse hereditatem. *L.* 1. *D. de her. vel act. vend.* Quam ob caussam nec ante legatum sit legatarii, quam cœperit esse hereditas, quod solum contingit mortuo testatore. *L. legatum*, 80. *D. de leg.* 2.

IX. Ne sic quidem satis mortuum esse testatorem, sed & aditam eius hereditatem esse oportet, ut sit aliquis heres, & testamentum valeat: sine quo alioqui testamentum irritum fit, ex quo etiam nihil potest deberi: excepta caussa præteritionis, vel exheredationis, ut modo dixi. *L. ea quam*. *C. de fid. auth. ex caussa*. *C. de lib. præt. vel exh.* Ideo nec ante legatum ad legatarium pertinere placet, quam adita fuerit hereditas. *L. servum*, 44. § 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus*. *D. de leg.* 1. *L. omnia*. 32. *D. de leg.* 2. denique quam cœperit esse heres, cui de eo, quod totum eius foret in hereditate, Detrahatur id, quod in alium conferatur. Quæ legati definitio est in *L. legatum*, 116. *D. de leg.* 1.

X. Sed hæ conditiones, & moræ ad suspendendam legati dilationem, & acquisitionem hactenus ex iure sunt. Illæ ex voluntate testatoris, ubi quid sub conditione, vel ex die certa nobis legatum est. Hic vero etiam placet nec ante conditionem, vel diem certum legatum eiusmodi repudiari, aut agnosci posse, quod ad nos pertinere non possit. Nempe quia iudicio defuncti non ante delatum. Repudiari quidem non posse tantum dicitur in *L. si ita sit*, 45. §. 1. *D. de leg.* 2. sed ita, ut ex eo multo citius agnosci, & acquiri non posse intelligatur. Is enim solus repudiare potest, qui & acquirere. *L. is potest*. 18. *L. is qui heres*, 13. *D. de acq. her.* Itaque postulat omnino hic locus, ut de die, & conditione prius nobis

bis constet, insint ne ista in legato, an non: & si insunt, utrum dies venerit, aut conditio exstiterit, necne: ut sive hæc nun inerunt, sive cum inessent, exstiterint, tum recte ad agnitionem veniatur, alioqui inutilem futuram. Sed, ne hac tractatione iniecta, magna fiat eorum, quæ ad agnitionem hanc spectant, interruptio: visum est omnem hanc quæstionem de die, & conditione differre in aliud tempus, deque his in petitione legati in commune dicere, quod pariter ad utrumque horum agnitionem legati dico, & eius petitionem, recte conferatur, unde sumi possit, quod huc pertineat. Quamobrem ad id, quod reliquum est in recta agnitione iam pergemus.

XI. Esto igitur, fuerit legatum nobis delatum ab initio, dum concurrunt ad eam rem illa, quæ supra dixi: tamen ne sic quidem acquiri potest, si semel delatum repudiatum fuerit. Ut agnitione hereditas acquiritur: ita repudiatione amittitur. *d. L. is qui heres*. 13. *D. de acq. her.* Quod multo iustius de legato dixerimus, in quo minus est, quod amittitur. Traditur quidem sæpe, postquam legatarius legatum repudiavit, nunquam videri legatum eius fuisse, sed fuisse heredis. *d. L. servum*. 44. *§. 1. d. L. si tibi homo*. 86. *§. cum servus. D. de leg.* 1. Sed in futurum quæritur, an quod eius antea non videtur fuisse, nunc post repudiationem possit eius fieri, & mutata voluntate possit agnoscere, & agnoscendo suum facere. Quod exemplo hereditatis eum posse facere negamus, quia & legatum similiter repudiatione amittatur. Dicitur autem hereditas isto modo amitti ideo, quia, ut ante declaratur, non fuisse heredis, ita & in posterum amplius eam adeundo quærere non potest. *L. 4. C. de rep. her.* Quod & in legato repudiato probandum est. Atque hæc res facit, ut, si nihil esset aliud, quamobrem hic de repudiatione legati diceretur, ubi de acquirendo legato agitur, quod fit agnoscendo, non autem repudiando: tamen, vel propter agnitionem ipsam ideo de repudiatione maxime dici oporteret, quia non aliter intelligeretur, quando legatum possit agnosci utiliter; postquam non potest acquiri id, quod semel fuerit repudiatum; nec agnosci utiliter potest, nisi quod & acquiri potest.

XII. Iam videamus, quatenus legatum agnoscere liceat. Et in agnoscendo, admittendoque legato hæc conditio legatario defertur, ut si unum legatum, est, totum agnoscat, aut a toto abstineat. Unius autem rei legatæ partem velle, & partem nolle, nulli concessum. *L. 4. D. de leg.* 2. Merito: non sane tantum, quia hic inconstantia legatarii aperte se ostendit, quæ per se sola sæpe improbatur; *L. in caussæ. in princip. D. de proc.* sed quia ea est inconstantia, quæ in eadem re legata, & in legatario partem rei agnoscente non sit tolerabilis. Si diversæ res essent legatæ, posset legatarius habere caussam, cur unam rem admitteret, alteram recusaret. In una autem, eademque re cur partem agnoscat, partem repudiet, nullam caussam potest habere. In ea enim re, cur una pars magis placeat, quam altera, nihil est, 3 cum utraque sit eiusdem naturæ, & conditionis, utpote indivisa. Et si habetur honos in una parte: habetur & in altera. Si in agnita parte nullum est onus, quod legatarium reiiciat, non certe crescet onus alterius partis accessione; cum legatum sine damno obtingat. *L. si hereditatem. D. mand.* Quominus autem sine caussa possit utrumque horum facere, obstat ei & iudicium testatoris, & suum ipsius. Testatoris, quia non debet id temere improbare, a quo beneficium accipere cogitat. Improbat autem ex parte, qui partem repudiat. Suum ipsius, quia partem agnoscendo iam ante id iudicium in eadem re approbavit; ut iam id iudicium probans, & idem improbans, satis se ipse refellat, & tanquam pugnantia loquens, non sit audiendus. *arg. in L. 2. in fi. princ. D. quan. app. sit. L. ubi pugnantia. de reg. iur.*

XIII. Sed hoc, inquam, in una re legata ius est. Quod si plura legata erunt, nihil vetat unum agnoscere, & alterum repudiare. *L. 5. D. de leg.* 2. Quippe res diversæ ita sunt, ut possit esse caussa legatario, cur unam velit habere, alteram nolit, quia conditio unius placeat, alterius displiceat. Ut proinde nihil in hac re temere, nihil adversus iudicium testatoris, nihil adversus suum ipsius faciat, quo a superiore potestate excludatur. Una hic exceptio est, nisi unum ex legatis onus habeat, & hoc repellatur. Pone, eum, cui decem, & Stichus legatus est, rogatum servum manumittere, &, agnitis decem, servum repudiare. Placet, perinde habe-

3) Hæc ratio firmior, quam illa Duar. *Lib. 1. de iure accresc. C.* 3. & Cuiacii 25. *Obs.* 6. Quia hoc esset, *dicentis*, scindere legatum, & honorem ultro sibi delatum fastidisse superbe. Nec si non fastidio id fiat, sed heredis gratia, tolerari debet, quia heredi alia honestiore ratione, agnito integro legato, gratificari licet.

haberi, quasi servum accepisset, si erit servus ab herede manumissus; ideoque si Falcidia locum habere cœperit, ex decem utriusque legati quartas heredem deducturum. Sententia est *L. 5. de leg. 2.* Exceptio ex coniectura voluntatis ducta. Nam cum testator unam rem sine onere legavit, alteram cum onere, apparet, eum commodum unius legati cum alterius onere pensare voluisse; ut nollet unam rem sine alterius onere admitti. Tolle onus; nihil proponitur neque in voluntate testatoris, neque in facto legatarii, quominus ex pluribus legatis relictis, uno admisso, possit legatarius & hoc sibi habere, & alterum repudiare. Inde quæsitum, quando videantur plura legata esse, quando unum, ut de his ex superiore distinctione iudicetur. Et veteres ita definiunt, si plures res sint in legato, & hæ nominatim exprimantur, plura legata esse; sin aut appelletur res una, aut plures uno nomine collectivo comprehendantur, unum esse legatum: ut si grex legatus sit, si peculium, supellex, vestis, argentum, instrumentum. Itaque in his priorem partem superioris distinctionis nos sequi, in illis posteriorem. Hæc in *L. 2. L. grege. 6. D. de leg. 2.*

XIV. Utrumque tamen hactenus, dum meminerimus, utrumque ad legatarium pertinere, cui res una, aut plures ab initio legatæ sunt, de quo hucusque locuti sumus. Cæterum ad heredes legatarii monendi sumus, neutrum pertinere. Et ita res habet: quanvis dixerimus, legatarium pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non posse: heredes tamen eius possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet. *L. legatarius. 38. D. de leg. 1.* Neque id obscuram rationem habet Nam cum singuli succedant in partem tantum, *L. ea quæ. C. fa. erc.* palam est, eos dum unus partem suam agnoscit, alter suam repudiat, tantum agnoscere singulos, & repudiare, quantum in legato habent. Quod fieri ius superius non prohibet. Nam quod legatarius ipse eiusdem rei partem acquirere, & partem repudiare non potuit, eo fit, quia tota res illi legata fuit; quam cum totam acquirere, aut totam repudiare potuerit, est, quod illi obiiciatur, si legatum scindere cogitet ob eas caussas, quas dixi. At, cum heredum singuli nihil amplius, quam partem in legato habeant, aperte nihil est, quod his imputetur, si, uno partem suam agnoscente, alter suam repudiet; cum neque qui suam agnovit, possit alteram agnoscere, quæ ad eum non pertinet; neque qui repudiavit suam, possit alteram repudiare, quæ illi delata non est. Ergo ex persona heredum immutabitur conditio obligationis, dicet aliquis: quod ius vetat. *L. 2. §. ex his. D. de verb. obl. L. cui fundus. 56. in fi. D. de cond. & dem.* Negabimus ideo immutari. De quo latis respondi in commentariis ad *d. L. 2. §. ex his. de verb. obl.*

XV. Superest de effectu agnitionis, quod supra, ut pro re nata, leviter attigeram, nunc cum ad eum locum ventum est, plenius cognoscamus. Agnitionis legati effectus est ipsius legati acquisitio.

XVI. Hæc acquisitio in rebus certis legatis, quæ testatoris fuerunt, duo continet: rei legatæ dominium, & eius, a quo res legata est, ad eam rem præstandam obligationem. Hinc & actiones duæ diversæ, ex dominio actio in rem adversus omnes rei legatæ possessores etiam extraneos; ex obligatione actio in personam adversus heredem, & heredes heredis. In cæteris rebus legatis, ut certis alienis, & in omnibus incertis, nihil amplius acquiritur, quam actio in personam nata ex obligatione per legatum constituta. Sed de his actionibus dicemus ad extremum, cum agemus de persecutione legati. Nunc redeo ad rei legatæ dominium.

XVII. Et de eo ita ius est, ut postquam legatarius voluit legatum ad se pertinere, si quidem res certa legata est, quæ & testatoris fuerit (nam in aliena nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habuit. *L. nemo plus. D. de reg. iur.*) Eius, inquam, rei dominium 4 recta via ab eo, qui legavit, ad legatarium transeat; idque retroversus iam inde ab initio eius factum intelligatur, ex quo hereditas adita est. *L. legatum. 80. D. de leg. 2. L. a Titio. 64. in fin. D. de furt. L. servum. 44. §. 1. L. si tibi. 86. §. cum servus. D. de leg. 1.* In quo ius singulare dominii duplex observandum est. Nam primum iure gentium dominia rerum alienarum fere traditionibus acquiruntur. Certe non aliter fere, quam ex possessione. *L. traditionibus. C. de pact. L. 1. in pr. de acq. possess.* Hic videmus, legati dominium sine ulla traditione, atque adeo sine ulla possessione ad legatarium transire; similiter ut transit rerum here-

4) Si scilicet rerum conditio hoc patiatur. Præsupponenda enim habilitas. Nam non transit si legata res aliena, genus, quantitas, vel duæ, pluresve res disiunctim.

hereditariarum ad heredes. *L. cum heredes. D. de acq. poss.* Tum autem quæ dominia nobis facto nostro acquiruntur, ex illo solum tempore nostra fiunt, quo acquiruntur, non retroversus; hic contra. Nempe hæc testatoris mens fuit, ut quod legavit, simul atque iure capi potuit, veniret ad legatarium, nunquam factum heredis. *d. L. legatum.* 80. *de leg.* 2. *L. legatum.* 116. *in pr. de leg.* 1. Hanc voluntatem lex duodecim tabularum ita confirmat, ut iubeat ius esse. *L. verbis. D. de verb. sign.* Non mirum igitur, si exinde hæc voluntas servetur, ex quo illa de legati dominio decrevit.

XVIII. Habet vero & hæc pars suas utilitates non parvas. Hoc enim efficit, ut nec illo tempore alius quisquam de re legata statuere potuerit, quam legatarius: puta non alius rem alienare, pignori obligare, servum legatum manumittere. Ac ne heres quidem; ac si fecerit, nihil legatario noceat. Usque adeo, ut quamvis legato sub conditione relicto (per quod tempus heres adhuc rei legatæ dominus manet. *L. & post.* 12. *§.* 1. *D. famil. ercifcun.*) aliquid eorum, quæ supra scripta sunt, pendente conditione is heres fecerit: si tamen conditio exsistat postea, omne in irritum recidat, atque hoc modo ius integrum in præcedens etiam tempus legatario servetur. Hoc Iustinianus in *L. ult. §. sed quia.* & deinceps. *C. com. de leg.* Nec abs re. Hoc enim facit exsistens postea conditio, ut legatum, promissumve sub conditione quod erat, pro eo sit, quasi pure legatum, promissumve esset. *L. si pupillus. D. de cond. instit. L. potior. D. qui pot. in pign. hab.* Sed & ille quæsiti retro dominii effectus est, ut quæcumque sunt rerum accessiones, quæ dominis iure dominii acquiruntur, quæcumque item commoda, quæ dominos sequuntur, ut fructus fundi, ancillarum partus, quæ servus legatus stipulatur, aut aliter acquirit: omnia ex tempore aditæ hereditatis legatario quæsita esse intelligantur. *d. L. si tibi.* 86. *§. cum servus. de lega.* 1. Et habet in se hæc commoda legati acquisitio.

XIX. Quid onera, incommodave, nullane legato sunt adiuncta, ut hæc in hereditatis acquisitione coniuncta esse diximus? Sane sunt, si qua legato iniungere testatori visum est. Cui enim suprema voluntate quid datum est, ab eo & relinqui, & idem hactenus mutua præstatione onerari potest. *§.* 1. *Institut. de singul. reb. per fid. rel.* Quod si nihil eiusmodi legatario a testatore iniunctum erit, ut hic de legato solo, eiusque solius potestate quæratur: sciemus, in legato quæsito commodum tantum; onus & incommodum ei adiunctum nullum inesse. Nam illa onera, quæ in hereditate commemorantur, æs alienum defuncti, funeris impensa, servorum manumissiones, legatorum præstationes, onera sunt, & incommoda eiusmodi, quibus lex duodecim tabularum heredes facit obnoxios; legatarium non attingunt. *L. ultim. Cod. de hered. act.* Damnosa certe nunquam legati acquisitio esse potest, ut maxime visum fuerit testatori a legatario quid relinquere. Non enim quisquam legatarius ultra onerari potest, quam ipse ex testamento acceperit. *d. §.* 1. *Inst. de sing. reb. per fid. rel. L.* 1. *§. si is qui. D. ad Treb.* Itaque non abs re in *L. si hereditatem.* 32. *D. mand.* generaliter dictum est, legatum acquisitum nunquam legatario damno esse posse: hereditatem interdum damnosam esse.

XX. Atque hæc de agnitione legati dicta sunt, quæ valeant ad legati delati acquisitionem. Nihil necesse esset cum de hac acquisitione quæritur, etiam de repudiatione legati dicere, nisi repudiatio ad hanc ipsam acquisitionem pertineret. Nunc autem ita pertinet. Nam & ipsam hanc agnitionem, atque acquisitionem liberam esse per contrarium magis confirmat; & si præcesserit, eam acquisitionem impedit. Quod cum efficiat, utraque de caussa de ea coniunctim cum legati acquisitione quæritur. Ac de ea sic breviter ius est. Cum legatum quod liberalitatis est, nulli acquiratur invito: *L. hoc iure. §.* 1. *D. de don.* liberum est cuique cui quid legatum est, legatum agnoscere, aut repudiare, ea lege, ut quemadmodum qui agnoscit, acquirit; sic qui repudiat, amittat, ne possit amplius legatum agnoscendo acquirere. Verumtamen ne statim repudiationi hoc tribuatur: quæ in agnoscendo legato sunt leges, eædem sunt & in repudiando. Non potest legatum agnosci utiliter, nisi cum & acquiri potest. Nec prius potest repudiari, puta ante diem, aut conditionem. *L. si ita.* 45. *§.* 1. *D. de leg.* 2. Et generaliter definitum tum in hereditatibus, tum in legatis, eum posse repudiare, qui & acquirere potest. *L. is potest. D. de acq. her.* & pro ratione regula iuris traditum, eius esse nolle, qui potest & velle *L. eius. D. de reg. iur. L.* 4. *D. de acquir. hered.* Habet autem hæc sententia eam vim, ut si quis ante diem, aut conditionem, ante denique quam lega-

legatum deferretur, legatum repudiaverit, 5 possit suo iure mutata voluntate agnoscere post diem, & generaliter postquam deferri cœperit, quoniam repudiatio prior nihil egerit. Sic & illud, quod de legato pro parte non agnoscendo dictum est, dictum esse apparet, & in commune de legato pro parte non repudiando. Nihil enim interest, utrum dicamus, legatum pro parte acquiri, & pro parte repudiari non posse, ut est in *L. legatarius*. 38. *de leg*. 1. an vero converso modo, legatum pro parte repudiari, & pro parte acquiri non posse. Utraque enim oratione legatum scindi prohibetur.

XXI. Repudiationis vis hæc est, ut quandocumque legatarius legatum non prius agnitum ad se pertinere noluerit, iam a principio res legata videatur fuisse heredis, nunquam legatarii; denique perinde sit, quasi non fuisset legata. *L. servum*, 44. *§*. 1. *L. si tibi*. 86. *§. cum servus*. *L. legatarius*. 38. *D. de leg*. 1. Ex quo de commodis, & incommodis repudiationis facile statui potest, sive de herede quæratur, a quo legatum est, sive de legatario, qui repudiavit.

XXII. Quod ad heredem attinet, cum dixerimus, repudiato legato, perinde esse, quasi legatum nihil esset: nempe hoc sequitur, quod addidimus, retroversus rem legatam semper videri fuisse heredis. *d. L. legatarius*. 38. *d. L. servum*. 44. *§*. 1. *de leg*. 1. Cui rursum & illud consequens est, ut & accessiones omnes, omniaque commoda rei, quæ dominos sequi solent, iam ab initio heredi cessisse, eique quæsita esse intelligantur. *d. L. si tibi*. 86. *§. cum servus*. *de leg*. 1. Utrumque tamen ita, nisi in eam rem, quæ ab uno aliquo repudiata est, alius substitutus fuerit, aut coniunctus datus. Tunc enim legatum apud heredem, a quo relictum erat, non manet, sed aut substituto defertur, aut coniuncto, qui suam partem agnoverat, pars repudiata acquiritur. *L. unica*. *§. in primo*. *§. sin autem aliquid*. *C. de cad. tol*.

XXIII. Sed & quod de herede hic dictum est, legatum repudiatum apud eum manere, ex iure vetere dictum est, quo tum veteres utebantur, quo iure scilicet non poterat nisi ab herede legari; non poterat a legatario. *Institut. de fign. reb. per fid. rel*. Semper autem cum potuerit, & nunc possit a legatario relinqui fideicommissum, ut traditur *eod. titul. de sing. reb. per fid. rel*. intelligemus, quod initio monui, hodie etiam legatum a legatario recte relinqui, postquam legata ita sunt exæquata a Iustiniano, ut ad iuris rationem nihil intersit, legati, an fideicommissi verbis quid relinquas. *L*. 2. *C. comm. de leg*. Post quam constitutionem non iam in heredis persona consistemus, ut dicamus, repudiato legato, rem legatam apud heredem manere, & retroversus semper eius fuisse videri: sed generaliter definiemus, a quocumque legatum, aut fideicommissum relictum sit, sive is heres est, sive legatarius: repudiante, & deficiente eo, cui legatum est, semper legatum manere apud eum, a quo relictum erat, ut si quidem relictum sit ab herede, maneat apud heredem, & huic tribuantur ea, quæ modo diximus. Sin autem relictum sit a legatario, aut fideicommissario, repudiatum non redeat ad heredem, a quo primum profectum erat, sed maneat apud hos ipsos, deque his iam ea dicantur de incommodis rei legatæ, quæ heredi ante tribuimus. Hoc de fideicommisso, quod a legatario, aut fideicommissario relictum sit, traditum legimus in *L. si quis Titio*. 17. *L. Iulianus*. 60. *D. de. leg*. 2. Hoc idem igitur & de legato ab his relicto dictum putemus.

XXIV. Quod attinet ad legatarium, qui repudiavit, est, ubi repudiatio ei quoque prosit; est etiam, ubi noceat. Prodest ad eas res retinendas, quas, legato agnito, amissurus esset. Ut, legatum est alicui prædium, quod prædio eius debebat servitutem. Si legatum ad se pertinere vult, fit utriusque prædii dominus. Quo facto, confusione tollitur, & amittitur servitus. *L. si quis ædes*. 30. *D. de ser. urb*. Item, legatus est alicui servus, cuius nomine furti agere potuit legatarius. Si is legatum admittit, fit dominus servi. Quo casu noxalis actio, quæ prius ei competebat, intercidit, deducta in eum casum, a quo incipere non potuit. Non enim potest inter dominum, & eum, qui in eius potestate est, ulla obligatio nasci. *§. si servus*. *Inst. de nox. act*. Propone in utraque specie legatarium legatum repudiare. Quasi legatum nunquam eius fuerit, quod repudiatio ei præstat; ita superiores res salvas, integrasque retinebit. *L. legatarius*. 38. *§*. 1. *de leg*. 1. Contra hactenus nocet repudiatio, ut si forte legatarius,

5) Obiic. At pacisci de legato sub conditione, & sic nondum delato, licet, *L*. 21. *§*. 4. *de pact*. Resp. At repudiari nequit. Repudiantur tantum delata, paciscimur autem etiam de iis, quæ spes est debita iri. Cuiac. & Hot. *ad d. L*. 21. *§*. 4. Briss. *Lib*. 3. *de Solut. p. mihi* 435.

rius, qui repudiavit, mutata voluntate, velit ad legatum redire, non possit, sed legatum in totum repudiatione amiserit. Nam & repudiatione amittitur hereditas. *L. is qui heres*. 13. *de acquir. her.* Non est, cur putemus, in legato aliam vim esse repudiationis. Nec certius huius rei argumentum esse potest, quam quod dicitur, si legatarius legatum repudiaverit, pro eo esse, quasi nec legatum quidem sit. *d. L. legatarius*. §. 1. Sane si quod mihi legatum est, idem legatum sit servo meo, aut filio meo, quem in potestate habeo, idque in filio mei contemplatione, ut mihi legatum ex eius persona acquiri possit: nihil prohibet, quominus legato, quod mihi datum erat, repudiato, velim idem ex persona servi, aut filii ad me pertinere, idque possim vindicare. *L. si mihi pure*. 59. *D. de leg.* 2. Et contra, quominus legato, quod servo, aut filio datum erat, repudiato, ipse postea ex mea persona idem vindicem. *L. si servo*, 101. *D. de leg.* 1.

C A P. XIX.

Legati iure quæsiti exsecutio, & præstatio quibus rebus contineatur. Ac primum quid sit in legato, ut sit constitutum, quod hic præstetur, & peti possit.

Item

Item si testator dixerit, decem, aut viginti heres dato. XXIV.
Cur in pluribus summis disiunctim relictis non similiter, ut in pluribus rebus eodem modo relictis electio datur legatario. XXV.
Si ex pluribus rebus nominatis una legetur, electio est legatarii. Quid, si quis duos Stichos, aut fundos Cornelianos habens leget non unum ex duobus Stichis, sed Stichum simpliciter, aut fundum Cornelianum simpliciter. XXVI.
Si generaliter res legata est, eam oportet perfecte facere accipientis, ut ne avocari possit; sin certa species legata sufficit talem dare, qualis est. XXVII.
Hoc ita, si species testatoris fuit. Sin aliena, eam heres debet redimere; & si non potest, eius aestimationem praestare. XXVIII.
Res pignori obligata, ab herede luenda, si sciens testator pignori obligatam, legavit. Secus si ignoravit. XXIX.
Nisi aeque, & si scisset, legaturus fuisset. XXX.
Item nisi aliquid superfluum futurum, ex soluto aere alieno. XXXI.
Quo modo res a pignore liberetur si testator onus liberandi ad heredes pertinere voluerit. XXXII. XXXIII.

I. Legato iure quaesito, quod ut contingat, in legati iusta constitutione, & constituti iusta agnitione positum esse diximus, & simul quibus rebus utrumque constaret, hucusque ostendimus: restabit legati exsecutio; quae in eo est, ut legatum uti relictum est, ita praestetur; ni praestetur, ut sint eo nomine cui oportet, & adversus quos oportet, idoneae actiones. De qua parte deinceps nobis cognoscendum est. Ac prima illa quaestio hic occurrit de legato, quale sit, seu quid habeat in se, quod legatario tribuat, ut tale, & eo modo a quibus oportet, tum praestari debeat, tum peti possit. Quaestio posita in his rebus tanquam huius praestationis partibus, ut quaeratur primum de re, quae praestanda sit, tum de circumstantiis huius praestationis. De re, quid sit in legato, & quantum. De circumstantiis praestationis, ut quaeratur, id quod constiterit legatum esse, Cui, A quo, Quando, ubi sit praestandum. Efficianturque in summa hae res, quibus constet haec praestatio, Species rei legatae; Quantitas relicti; Personae, inter quas praestatio consistit; Tempus praestandi; & praestandi locus. De quibus & ipsis dicemus eodem ordine. Ac primum videamus, quid sit in legato. Id enim est, quod praestandum est ex caussa legati, & fideicommissi, si quid legato, aut fideicommisso continetur, nec quicquam praestandum amplius. *L. uxorem.* 41. *§. sorori. D. de leg.* 3.

II. Id in legato est, seu legato continetur, quod testator praestari voluit. Quod si semper ex verbis certum esset, aut omnino tolleretur hic quaestio, aut maxime posita esset omnis in interpretatione. Nunc autem aliter hic se habet rei incertitudo. Id ex eo accidit, quod legato continentur & res legatae, & ius quod testator in his ipsis rebus transferri vult.

III. Iam vero neque res semper certae sunt, quae legantur, neque, his inventis, semper certum, quantum iuris in his transferri debeat. Haec sunt igitur, de quibus hic quaeritur, atque hoc agitur, ut oratione certa fiant. Quae nobis explicanda sunt.

IV. Rerum legatarum incertitudo talis est. Nam aut designantur legato res una, vel plures, quae simul omnes legentur; aut legatur una aliqua ex pluribus, nec adiicitur, quae. Illic verba rem pronunciatione certam exprimunt: hic incertam animo subiiciunt: Relinquunt enim incertum, quaenam praestanda sit ex omnibus. In priore genere si qua dubitatio est, ea ex verborum significatione oritur. Ideo hic de ea significatione quaeritur. In posteriore, in quo quid senserit testator, ne verbis quidem significatur, necesse est voluntatem eius ratione, & coniectura exquiri.

V. Res designatae verbis aut universim legantur, aut singulae.

VI. Universim ut legentur, duabus his in caussis receptum est, si [1] pars hereditatis legetur, aut si pars bonorum. *L. mulier.* 22. *§. ult. D. ad Trebell. L. si quis bonorum.* 23. *de leg.* 1. De quibus legatis quaeri solet, quid his contineatur. Non dubium vero est, quin contineatur id, quod verba demonstrant, nisi sicubi voluntas refragetur. Secundum quam significationem de utraque specie reperiemus constitutum esse a veteribus.

VII. Et de parte hereditatis legata ita scriptum est in *L.* 8. *§. ult. D. de leg.* 2. si cui certam partem hereditatis legavero, Di-

1) Et hoc est legatum Partitionis, de quo vid. *not. supra C.* 11. *N.* 18.

Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur. Dictum ex significatione verbi hereditas. Hoc enim indicatur superioribus verbis, partem hereditatis legatam præstari legatario, cum onere istarum rerum, nempe curandi funeris pro ea parte, & servorum pro ea parte manumittendorum. Ideo enim heres funeris impensam non deducit, quia ipse eam non sustinet pro ea parte, quam restituit, sed sustinet legatarius. Non deducit pretia servorum manumissorum, quia pro ea parte, quam restituit, servos non manumittit, sed legatarius, cui servi pro portione partis legatæ traduntur, ut manumittat ipse, qui eorum dominus factus est, & manumittendo fiat eorum patronus. Pro sua vero parte heres ista non deducit, quia ipse pro ea parte maxime heres, earum rerum onera suo nomine agnoscere cogitur. Hæc omnia, inquam, ex significatione verbi. Legatur enim pars hereditatis. Hereditati autem commoda, & incommoda sunt adiuncta, ut quisquis hereditatis partem obtinet, eum cum commodis etiam incommoda hereditaria, quatenus per ius licet, sequantur. *L.* 1. 2. 3. *D. de bo. pos.* Porro in oneribus hereditariis sunt superiora duo, funeris impensa, & servorum ad libertatem vocatorum manumissiones. Quod dixi non simpliciter incommoda hereditaria pro portione sequi eum, qui partem hereditatis obtinet, sed adieci, quatenus per ius licet: adieci propter æs alienum hereditarium: cui solvendo soli obnoxii sunt, & soli creditoribus hereditariis eo nomine tenentur heredes; legatarii non tenentur. *L.* 2. *L. ult. C. de her. act.* Quæ res facit, ut nec in proposito eum, cui portio hereditatis legata est, etiam ea restituta, sequatur onus æris alieni, nec cogatur is respondere creditoribus hereditariis. Hic enim non est heres, sed ut in re legata legatarius. Unde si idem rogatus fuerit hanc partem restituere, placet, eum beneficio senatusconsulti ad quartam retinendam uti non posse; quia id beneficium solum propositum sit heredibus, non etiam legatariis, hæc in *d. L. mulier.* 22. *§. ult. D. ad Trebel.* Hæc caussa est scilicet, cur in rescripto Hadriani, quod supra retulimus ex *L.* 8. *§. ultim. de leg.* 2. cum de his, quæ in partis hereditatis restitutione deducenda sunt agitur, solum nominantur hæc duo, pretia manumissorum, & funeris impensa, quæ iubeantur non deduci: omissa æris alieni mentione. Ideo enim consulto hæc omissa est, ut intelligamus sola illa duo deduci non posse; æs alienum posse. Et cur, hoc deducto, fit portionis hereditatis restitutio potius, quam deductis superioribus illis duobus? Nempe quia solus heres, ut dixi, huic æri alieno solvendo obnoxius est, ut creditoribus hereditatis respondere cogatur. Quod onus non est æquum eum solum ferre, cum legatarius etiam obtineat partem hereditatis, cui hoc onus est adiunctum. Ergo deducit heres ante omnia æs alienum, ut id de tota hereditate exsolvat, non autem cogatur id de ea parte, quæ apud eum reliqua futura est, solidum dependere.

VIII. De legato partis bonorum dissimilis interpretatio, quæ exstat in *L.* 9. *seq. de leg.* 2. his verbis: *cum autem pars bonorum ita legatur, bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar: dos, & manumissorum pretia deducenda sunt.* Explicatio legati contraria, ex eadem illa significatione verborum ducta est. Bona enim cuiusque in usu iuris intelliguntur ea, quæ, deducto ære alieno, supersunt. *L. subsignatum. §. bona. D. de verbor. signif. L. mulier. D. de iur. dot.*[1] Et in ære alieno, cum generaliter loqui volumus, continentur dos debita, & pretia servorum manumissorum; quia eorum libertas debita fuit, quæ tunc tanquam æs alienum præstatur, cum ex ea obligatione servi manumittuntur.

IX. Illud de hoc legato quæsitum est, utrum hinc rerum partes, an æstimatio debeatur. Et alio vocare hic videntur verba, alio sententia testatoris. Unde discrepantes olim Sabinianorum, & Proculianorum de hac re sententiæ. Sabinus, & Cassius æstimationem; Proculus, & Nerva rerum partes esse legatas existimabant, ut refertur in *L. non amplius.* 26. *§. ultim. de leg.* 1. nempe hi verba secuti: quoniam res ipsæ, quarum nomine ad retinendum exceptionem, ad persequendum actionem habemus, omnes sunt in bonis. *L. rem in bonis. D. de acquirendo rerum domin.* illi

1) In effectu quidem res eodem redire videtur, sive deducatur æs alienum, ubi tanto minus ex legato percipit legatarius; sive non deducatur, ubi pro ea parte creditoribus respondere cogitur legatarius. Non tamen inde sequitur ad solum sonum verborum respicere hoc discrimen, ut vult A. Fab. 18. *Coniect.* 18 Hoc enim interest, quod facta deductione, molestiæ præstandi, & exsolvendi debita solus heres sublicitur. Idem Faber *d. C.* 18. *pag.* 225. contendit, non esse hac in re differentiam inter hereditatem, & bona, sed inter legatum partis hereditatis, & partis bonorum, *quæ testatoris erunt mortis tempore*, de quo loquitur *d. L.* 9. Sed *d. L.* 26. *§. ult.* loquitur de parte bonorum simpliciter legata, nec facile tamen idem in parte hereditatis dicendum videtur.

illi sententiam, & voluntatem testatoris; quam esse hanc iudicarunt, ut ne heres cogeretur dividere res invitus, & ita invitus incidere cum legatario in communionem: quod leges adversantur. *L. si non fortem. §. si centum. D. de cond. ind.* & ne fiat, cavere putantur testatores, quibus curæ est prospicere discordiis propinquorum, & amicorum fedandis, quas materia communionis soler excitare, ut eleganter dictum est a Papiniano. *L. cum pater. 77. §. dulcissimis. D. de leg.* 11. Quæ & sententia recepta est; cum hac distinctione tamen, quæ traditur in *d. L. non amplius. 26. §. ultim. de leg.* 1. Ut si vel res naturaliter indivisæ sint, vel sine damno earum divisio fieri non possit, æstimatio omnimodo ab herede præstetur. Sin res sine damno dividi possint, eligat heres, utrum rerum partes dare malit, quod ex verbis licet, an vero æstimationem, ne invitus in communionem incidat.

X. Quo recepto, consequens fuit, quod de fructibus rerum in hoc legato traditur in *L. si quis bonorum. 23. de leg.* 1. si quis scilicet bonorum partem legaverit, legatum sine fructibus restitui, nisi mora intercesserit heredis. Consequens ideo, quia hic rerum æstimatio, non res, ex quibus sunt fructus, veniunt in legatum. Quod si res venirent, utique & res ipsæ pro parte legata fierent legatarii ex tempore aditæ hereditatis, postquam legatum agnovisset: & una cum rebus etiam accessiones rerum, ut fructus, ex eodem illo tempore ei tanquam domino cederent, ut superiore capite diximus. *L. servum. 44. §. 1. L. si tibi homo. 86. §. cum servus. D. de leg.* 1. Si tamen mora intervenerit heredis, incipiunt quodammodo res in obligatione versari, quasi legata esset rerum æstimatio; & si heres æstimationem non dedisset, res daret. Sicuti cum testator legat penum; & si heres penum non dederit, iubet eum dare decem. In qua specie placet, penum in præstatione esse: quod si mora in ea præstanda facta sit, tunc quantitatem incipere esse in obligatione, & peti posse. *L. 1. D. de pen. leg. L. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falci.*

XI. Enimvero cur in legato partis bonorum non idem dicimus, quod tunc, cum legatur portio hereditatis: cum bona significent hereditatem? Ut sic accipi scimus, cum nominamus bonorum possessionem; *L. 3. D. de bon. poss.* item cum rogatur heres bona restituere. *L. nam quod. 14. in fi. D. ad Treb.* Hoc eo fit, quia est interdum, cum ex sententia loquentis verbum *bonorum* hereditatem significet, quod in superioribus duabus caussis accidit. Cæterum proprietate, atque usu communi verbi non significat. Quam significationem in aliis caussis retinemus. Id autem fit hoc modo. Qui de universo patrimonio alicuius per successionem relinquendo agit, & id patrimonium bona appellat: aperte *bonorum* verbo hereditatem intelligit. Apparet enim, eum de universi iuris successione sentire. Ea autem successio est hereditas. *L. hereditas. D. de reg. iur.* Atqui id fit in bonorum possessione edicto prætoris deferenda. Nam & ipsa universi iuris successio est. *d. L. 3. de bonor. poss.* Fit & tunc, cum testator de bonis suis restituendis heredem rogat. Sic enim & de universi iuris successione rogare intelligitur, cum ex bonis nihil excipiat. At ubi aut non nominantur universa bona, ut cum legatur portio bonorum; aut nominantur quidem universa, & transferuntur, sed ceduntur inter vivos, non ex successione relinquuntur: ibi cum nihil sit, quod nos cogat ex sententia loquentis a proprietate, & significatione verbi usitata recedere, eam per omnia sequimur, ut præcipitur faciendum esse in *L. non aliter. 69. D. de leg.* 3. Eam autem esse diximus, ut intelligantur bona, non quæ adiuncta onera habeant, sed quæ, his deductis, supersint. *L. mulier. 22. §. ult. D. ad Treb. L. mulier. 72. de iur. dot.*

XII. Res singulæ, quæ verbis certæ designentur, ut sint in legato, aut corporales sunt, aut incorporales. Corporales, quæ cerni, & tangi possunt: ut Stichus, fundus Cornelianus, & aliæ innumeræ. Incorporales, quæ tangi non possunt. Ex quibus tria hæc fere genera sunt, quæ legari soleant; servitutes, actio, seu nomen debitoris, & liberatio. Hinc tractatum, quid his legatis contineatur legato. Quod in [3] servitutibus personarum, ulu, usufructu, habitatione, operis, explicatur proprio titulo, [4] *de usu, de usufr. leg. D.* in servitutibus prædiorum proprio etiam titulo, *de servitute legata. D.* Actione, seu nomine debitoris, alii legato, & quod idem est, chirographo, vel tabulis debiti alicui legatis, quid legato contineatur, declaratur

3) Vid. *infr. Lib.* 10. *C.* 5. *ibique notata*

4) Vid. *infr. Lib.* 11. *C.* 10. *ibique notata.*

tur in [5] *L. nomen*. 34. *L. qui chirographum*. 59. *D. de leg.* 3. De liberatione legata agitur proprio titulo D. cuius hæc ipsa inscriptio est. *de liber. leg.* Quid autem eo legato contineatur, peculiariter traditur, & ex professo in [6] *L.* 3. *§. nunc de effectu. D. eod. §. si quis debitori. Instit. de leg. L. si creditoris. C. de fideic.*

XIII. Res corporales singulæ sive hæ præsentes sint, sive futuræ, puta fructus, qui ex illo fundo nascentur, ut verbis certæ demonstrentur, atque hac demonstratione legentur, fit hoc modo, si aut legetur una tantum, quæ appelletur suo nomine, vel qua alia demonstratione indicetur; aut legentur plures quidem, sed simul omnes, & coniunctim. Una legata, quæ verbis indicata sit, quid sit in legato, dubitari non solet. Ne tunc quidem, cum plures legatæ sunt coniunctim, & species nominatim appellatæ, ut Stichum, & Pamphilum heres meus Titio dato. At sæpe legantur plures coniunctim verbo communi, puta aut collectivo, aut plurali, ut de significatione verbi dubitetur, quæ res eo verbo contineantur, & intelligantur legatæ. Collectivo, ut cum legatur uxori Dos, cum legatur Triticum, Vinum, Oleum, Instrumentum fundi, Peculium, Penus, Supellex, Aurum, Argentum, Mundus, Lignum, Materia, Lana, Linum, Purpura, Vestis, Armentum, Chorus, Familia. Verbo plurali, ut cum legantur Alimenta, Cibaria, Vestimenta, Nummi, Chartæ, Pecora vel pecudes, Iumenta, Agni, Oves, Servi, Mulieres, Ea quæ ibi habeo, seu quæ ibi sunt. Quæ uxoris meæ caussa parata sunt. Quarum rerum legata cum infrequenti usu essent apud Romanos, nec cuique significatio singulorum esset obvia: sedulo veterum prudentium opera in his explicandis versata est; quam explicationem ex suis locis, qui in Pandectas relati sunt, petere licebit. Nimis enim longum esset hic omnia persequi, & cum loci in manu sint, fortasse supervacuum. Tantum locos ipsos, qui huc pertinent, indicare sufficiet. Sunt autem ex capitibus legum hæc fere, quæ exstant sub [7] *Tit. de leg.* 3. *L. si fundus.* 44. & quæ sequuntur deinceps usque ad *L. re con-*

5) *L.* 44. *§. 6. de leg.* 1. de quo, & an nominibus legatis, omnes actiones veniant, etiam quæ ex delicto, vid. Gœd *ad. L. 6. pr. de V. S. n.* 16. *& seqq.* Et legato chirographo, intelligitur, debitum legatum *d. L.* 44 *§. 5. de leg.* 1. *L.* 88. *§. 8. de leg.* 2. *L.* 59. *de leg.* 3. argumento venditionis, ait Ulp. *d. §.* 5. non quod arguere semper a contractibus ad ultimam voluntatem liceat, quod vulgo inde eliciunt: sed quia chirographum ipsas actiones significat *d. L.* 50. & ex communi usu, & mente testantis. Quis enim alias futurus tabularum usus? Vid. Ant. Massa Gales. *Lib.* 2. *de Exerc. Iurisperit. n.* 48.

6) De qua vid. *infr. Lib.* 16. *C.* 22. *& ibi notata.*

7) In quibus tamen non pauca obscura, nec omnium intellectio ita obvia. Libet hic pauca ex iis seligere, & leviter attingere. In *L. 49. pr. de leg.* 3. quæ Goth. de sellis, & lecticis adnotat, desumpta sunt ex Briss. 1. *Antiq.* 4. adde Duaren. *ad L. 8. §. 2. de leg.* 1. Lips. 1. *Elector.* 19. De comatis mulieribus, vid. Ræv. 2. *Coniect.* 18. ex quo patefiet, nulla necessitate Cuiac. 21. *Obs.* 16. pro *quas sibi comatas*, reponere *quis sibi comas*. Ad *L.* 52. *§.* 1. *eod.* vid. Hotom. 4. *Obs.* 1. *sub finem*. Ligna cocta in *L.* 55. *§.* 7. sunt macerata amurca, de quibus Plin. *Lib.* 15. *Cap.* 8. Rævar. 2. *Coniect.* 13. In *L.* 58. Cuiac. 12. *Observ.* 8. Haloandr. lectionem *parata esset* præfert Florentinæ, quia per *sunt*, indicaretur tempus testamenti conditi: verbum *essent* vero refertur ad mortis tempus. Dicitur ibidem vivus comparasse. Secus enim si alius post mortem eius, licet missus antequam moreretur, ad emendum *L.* 2. *L.* 4. *de auro & argent. leg.* In *L.* 65. *§.* 1. non est quod verba extrema ad *§. sequent.* transferamus, ac *§.* 1. finiamus ibi, *e contrario*, ceu tentat Zoan. *Restit. ad Pand. C.* 7. Nam ei *§.* nihil minus quam ut conveniant. Lecticarium igitur interpretare non baiulum, qui lecticam portat, ut in *L.* 49 *pr. hoc tit. de leg.* 3. *& L. 8. §. ul. de leg.* 1. ubi Duaren. & Lips. *d. C.* 19. Sed qui lecticas conficit, qui inter artifices numeratur *L.* 1. *Cod. de excus. artif. lib.* 10. *Tit.* 64. In *L.* 70. *pr.* lana legata non venit quæ tincta est. Contra *L.* 32. *§.* 6. *de auro & arg. leg.* Ræv. 3. *Coniect.* 13. dissensionem agnoscit, sed Pac. 6. *Quæst.* 25. Resp. illic lanam simpliciter legatam, hic omnem. In *d. L.* 70. *§.* 3. per *telam*, intelligit Govean 2. *Var. Lect.* 9. instrumentum textorium. Quod displicet Ræv. 3. *Coniect.* 15. accipienti ipsam detextionem. Dicitur enim telas texere, & detexere, &c. In *d. L.* 70. *§.* 12 Hotom. 4. *Obs.* 7. & P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 392. invertendo legunt, *lanam appellatione versicolorium non contineri*. Sed suus constat sensus receptæ lectioni, neque contextus, & series seqq. repugnat, hoc modo. Sicuti lanam legans versicoloria, & tincta legasse non creditur *d. L.* 70. *pr.* ita versicoloribus legatis, lana non tincta non continetur. Prius constabat inter omnes, posterius dicit Ulp. *se arbitrari*. Quæ verba, *& ego arbitror*, omnino convellunt correctionem Hot. & Fabri. Quid enim diceret, se ita opinari IC. de eo, de quo paulo ante apud veteres constitisse dixisset. In *d. L.* 70. *§. ult.* habetur, lanam purpuræ destinatam appellatione purpuræ non venire. Cui nihil obstat *L.* 26. *§. ult. de acq. de* Nam recte Gifan. *ad d. L.* 26. *n.* 10. aliud esse in acquisitione. Rationem differentiæ in eo, quod in legatis spectetur communis usus verborum. In effectione autem speciei quiddam essentiale immutatum. In *L.* 79. *§.* 1. nomine mobilium non veniunt nummi mutuo, vel fœnori destinati, veniunt prædii caussa repositi. Ratio differentiæ mihi videtur, quia in repositis præsidii caussa, spectamus corpora nummorum, cum non habeantur ad eum usum, qui verus est pecuniæ. In aliis autem spectamus quantitatem, & valorem. Et hi igitur non sunt mobiles, quia nec res corporales, sed incorporales, per *L.* 44. *§.* 2. *de solut. & simil.* De proverbio. Pecuniam sine peculio fragilem esse vid. Erasm. *Chil.* 4. *Cent.* 6. *Adag.* 2. Ræv. 5. *Var.* 17. *&* 3. *Coniect.* 6. P. Perrenon. 2. *Animadv. & Lect.* 28. & quomodo peculium ibi vocetur pecunia patrisfamilias Gœd. *in L.* 182. *de V. S. n.* 3. In *L.* 84. nolim dicere cum Hotom. 9. *Obs.* 7. *&* 2. *Amicab.* 28. verba *extra urbem*, esse subditita, & pro *horreis*, reponendum *horreis*, quia scilicet horrea fuerint in urbe *L.* 1. *L.* 4. *C. Locati*. Quæ enim consequentia: fuerunt in urbe. Ergo nulla extra urbem? Ideo vero posuit IC. horreis extra urbem res repositas, ut species haberet dubii: Ratio autem decidendi in *L.* 2. *pr. de V. S.* Vid. de horreis veterum variis Briss. 4 *Antiq.* 18. & quæ ex eo, non laudato, exscripsit Goth. *ad L.* 7. *de instr. leg.* In *L.* 93. *§.* 4. dicitur, præter alia, fundo legato, dolia defixa peti non posse. Contra in *L.* 23. *de instr. leg.* fundo sine instrumento legato dolia inædificata contineri. Resp. Recte inædificata. Non quævis igitur dolia *d. L.* 43. *§.* 4. sed ita cohærentia, ut sine ruina ædificii avelli nequeant. *L.* 26. *pr. de inst. leg.* Cuiac. *ad* 206. *de V. Sig.* Ant. de Padilla *ad L.* 2. *de leg.* 2. *n.* 4. *&* 5. De doliis veterum fictilibus, iisque capacissimis, quæ in terram defodiebant vid. Guido Panciroll. *Lib.* 1. *Rer. memorab. C.* 24. & *ibid.* Henr. Salmuth. *in notis* De libellis familiæ, & cibariis ad *L.* 99. *pr.* vid. Marc. Lyclama 2. *Membr. ecloga* 16. Hæc ex Titulo de leg. 3. delibabimus quæ-

re coniuncti. 89. Ex titulis autem ad eam interpretationem collatis, sunt hi, *De usu, & usuf. leg. De servitute legata, de dote prælegata*, & qui sequuntur usque ad Titulum *de adimendis legatis*.

XIV. Venio ad alterum illud genus legati, in quo quid legatum sit, incertum est, & ita incertum, ut ne ex ipsa quidem pronuntiatione intelligatur, quanvis maxime nota sit verborum significatio. In quo dixi voluntatem testatoris ratione, & coniectura exquiri. Et quæsita est primo hæc voluntas diligenter a prudentibus. Tandem eorum responsis, & explicatione res eo deducta, ut certam interpretationem acciperet, quæ deinde in ius relata est. De quo breviter nunc dicemus. Nascitur autem hæc incertitudo ex harum caussarum trium aliqua; vel quia res una generaliter legata est, vel quia res plures legatæ disiunctim; vel quia tribus, aut pluribus appellatis una est ex illis legata.

XV. Res generaliter legata dicitur, cum sub appellatione generis res una aliqua legatur, quæ sit ex eo genere: veluti Titio hominem, equum, fundum do lego. Hic unum hominem; unum equum, unum fundum legari constat. Sed legatur unus, qui sit ex eodem genere. Hic vero qui sit, non exprimitur, nec ex verbis intelligitur. Quid ergo dicemus? Et prima hic quæstio est, an legatum valeat, ubi non intelligatur, quid legatum sit: cum ita traditum sit, quæ in testamento ita scripta sunt, ut non intelligatur, quid significarent, ea perinde esse, quasi scripta non essent. *L.* 2. *D. de his quæ pro non scrip. hab.* Sed ea definitio ad legatum generis non pertinet, ubi ex pronuntiatione satis intelligitur, quod genus legatum sit, etsi de specie, quæ ex eo genere præstanda sit, non liquet. Verumtamen & id legatum interdum non valere placet; non quia incertum, sed quia ita incertum, ut, herede ei satisfaciente, legatum legatario sit inu-

quædam ex seqq. Titulis. In *L.* 1. *de trit. vino &c. leg.* vino legato continetur acetum vini numero habitum. Contra in *L.* 3. *pr. eod.* Resp. Discrimen non constituo in eo an testator acetum reliquerit nec ne; sed an vinum indefinite relictum ut *d. L.* 1. ubi sic accipitur legati sustentandi caussa, quod alias inutile esset, & derisorium, cum res fungibiles sine adiectione ponderis, numeri, mensuræque ad nihilum redigantur *L.* 94. *de V. O.* Posset enim guttula unica præstari, non definita certa quantitate *d. L.* 3. *pr.* ubi purum omnino vinum præstandum, quia legatum certum, ac utile, etsi testator nihil de vino reliquerit *L.* 7. *h. t.* & arg. eorum, quæ in domo fundo, &c. legato constituta sunt. Ad *L.* 5. *d. t.* notandum, relicto legato rerum nasciturarum, si deinde minus nascatur, tantum esse in legato quantum natum, non amplius *d. L.* 5. scilicet si semel legatum, nec contraria voluntas præsumatur ex persona legatarii *L.* 26. *Quand. di. leg.* Quod si in annos plures legatum, quod uno anno minus natum, ex reliqu seqq. annorum suppletur *L.* 13. *de trit. leg. L.* 17. §. 1. *de ann. leg. L.* 12. *de alim. leg.* Pac. 6. Q. 34. De taxationis verbo in *d. L.* 5. vid. Cuiac. 2. *Obs.* 12. Ad *L.* 6. *& L. pen. d. t.* Cuiac. *ad L.* 206. *de V. S.* Sensum *d. L.* 6. hunc putat. Si vinum simpliciter legatum, deberi amphorarium cum cadis, quia ea vino sunt accessionis loco *L.* 3. §. 1. *d. t.* Doliare autem deberi sine vasis, non tantum si vinum simpliciter legatum, sed etiamsi cum vasis, quia non promitur usus caussa ex doliis, sicuti ex amphoris. Sententiam vero *d. L. pen.* hanc esse: Vino cum vasis legato, secundum verba deberi etiam doliare vinum cum doliis, ex sententia Trebatii, cum utique & dolia sint vasa vinaria *L.* 206. *de V. S.* Secundum mentem autem testantis putare Trebatium nec dolia, nec doliare vinum contineri. Proculum vero, dolia quidem non contineri, quia videatur testator sensisse de vasis, quæ loco moveri possunt, vinum tamen quod in doliis contineri. Ita Cuiac. voculam *caeterum* in *d. L. pen.* exponens pro *alioquin*, ut sensus sit, alioqui dolia non essent in vasis, subintellige quod absurdum est. Et caeterum pro alioqui etiam ibi accipitur, Gilb. *Reg.* 2. *Enant.* 20. ostendens, alibi eodem sensu reperiri *L.* 5. *cir. med. de impens. in res dot. L.* 51. §. 7. *de re iud.* Et plures Textus adducit Govean. 1. *Var. Lect.* 1. *n.* 11. Ac ita observavi apud Apulei. 5. *Metam. &c.* Verum eam acceptionem *d. L. pen.* minime convenire puto, statuens immo dolia non esse vasa vinaria; alioqui non video qua ratione motus Trebatius, vinum doliare deberi negasset. Et hæc ipsa etiam ratio dubitationis in *L.* 6. vers. *item quamvis d. t.* ubi vocula *quamvis*, arguit speciem illam magis habere dubium, quando vinum cum vasis legatum an etiam doliare contineatur. Quod si dolia essent vasa, non maior esset in ea specie, sed minor dubitatio. Denique aperte Proculus in *d. L. pen.* etsi dolia in vasis non sunt, & quod in doliis esset, id est quod in vasis non esset. Quid his verbis clarius? Adde quod in *L.* 3. §. *ult. de penu. leg.* dolia aperte vasis opponuntur. *L.* vero 93. §. *pen. de leg.* 3. nec quod dolia sint vasa probat, nec quod non sint. Nec obstat *d. L.* 206. *de V. S.* Nam non ibi habetur, quod sint dolia vasa vinaria; immo sola torcularia proprie vasa dicuntur: sed traditur, ea in eadem caussa esse, in qua vasa, quandiu vinum continent. Inter quæ utique discrimen est. Trebatius autem in eo putavit, aliam esse mentem testatoris a sensu verborum, non quod verbis legari dolia contineantur, sed quod vinum in doliis. Ex mente autem testatoris voluit, nec vinum istud legatum censeri: quia videlicet his verbis, *vinum cum vasis*, credibile sit, eum intellexisse id solum vinum, quod in vasis esset. Atque ita putavit verba *cum vasis*, restringere generalitatem legati, perinde ac si sic legasset: *Vinum quod in vasis est*. Hoc vero Proculus refellit. In *L.* 9. vers. *certe d. t.* dicitur Zythum *ex pane* confici. Cuiac. 11. *Obs.* 30. legit *ex paneco*. Errorem ortum putat ex proximitate vocis ab iisdem litteris incipientibus, quibus desinebat prior. Sed dici poterit *panem*, ibi sumi pro farre, seu siligine, ex quo panis confici solet, materiatum pro materia. In *Tit. de instr. leg. ad L.* 2. §. 1. de dotibus prædiorum vid. Forner. 1. *Select.* 2. In *L.* 3. *in fin. pr.* noli cum A. Fab. 5. *Coniect.* 5. negatione inserta legere *non contineri*. Sequeretur enim, heredem fiduciarium præstare casus fortuitos, & fatales ante diem restitutionis cedentem contingentes, (quod falsum est, vid. *Lib.* 7. *C.* 27.) vid. *not. Lib.* 7. *C.* 26. *N.* 4. Ad L. 8. qui sint monitores, vid. Radulf. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 11. & not. Goth. De specularibus in *L.* 12. §. 16. *&* §. 25. vid. Cuiac. 12. *Obs.* 13. Ad *d. L.* 12. §. 30. notandum discrimen inter legatum fundi instructi, *d.* § 30. & fundi cum omnibus, quæ in eo sunt, ubi legatum plenius est *L.* 27. §. 3. *d. t.* de quo Ant. Fab. 1. *Coniect.* 6. In *d. L.* 12. §. 40. non opus est pro *Hieroniano* substituere *Hermiuiano*, cum Cuiac. 1. *Obs.* 28. Neque enim quia Hermiuianus fuit Proconsul Cappadociæ, ideo Hieronianus Proconsul non fuit. Nec pro *in Proconsulatum* legere *in Proconsulis comitatu* cum Hotom. 2. *Amicab.* 28. Quidni enim dicamus uti præsidatum *L.* 6. §. 12. *de excus. tut.* ita & Proconsulatum, ditionem, seu Provinciam, quam Proconsul gubernat, ut in *L.* 1. *pr. de tut. dat.* Nec pro *hortis*, *horrea* reponere, cum eodem & Briss. 4. *Antiq.* 18. quia in hortis ædificia fuerint amœnitatis caussa, non custodiendarum rerum gratia. Nam & in hortis habitationes fuerunt *L.* 5. §. 3. *de iniur.* argum. *L. pen.* §. 1. *de don. int. vir.* ut tradunt iidem, Briss. 3. *Antiq.* 13. Hot. 9. *Obs.* 7. & Perrenot. 1. *Animadv.* 6. Poterunt igitur res ab inhabitatoribus custodiri. Nec obstant verba *tutiore loco*, *d.* §. 40.

inutile. Quod tamen non in omnibus accidit. Quomodo igitur rem explicamus? hoc modo, ut si corpora generi subiecta sint unius modi, eadem forma interna, & natura constent, ea legentur utiliter, ut homo, bos, equus, *L. legato*, 37. *L. huiusmodi*. 84. *§. si cui. L. si servus*. 108. *§. cum homo, D. de leg.* 1. Sin habet id genus corpora sibi subiecta non unius modi, sed diversarum seu specierum, seu generum forma, & natura, & manifesta utilitate distantium: tum legatum eius generis sit inutile; ut si legetur simpliciter animal, si domus, si fundus. *L. si domus*. 71. *in pr. de leg.* 1. *L. cum post. §. gener. D. de iur. dot.* Quippe omnes homines, & si quæ sunt individua uni alicui speciei infimæ subiecta, suam utilitatem habent, etsi non eamdem. Animalis species omnes non item. Nam & musca animal est, quam ex hoc legato dare liceat: quod non tam legatario sit inutile, quam est per se ridiculum. Domus quoque, & fundus non natura constant, sed hominum destinatione. *L. quod in rerum*. 24. *§. pen. D. de leg.* 1. Itaque possunt superbæ, & magnificæ haberi ædes, possunt & in ædibus haberi ruinosæ, & quæ nullius sint pretii, legatario magis damnosæ, quam utiles. Sic & fundus destinatione domini potest amplus esse: potest esse & unius pedis. Ita harum rerum legatum est inutile, quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere heres dando liberetur: quod genus, inquit Africanus, magis [8] derisorium est, quam utile legatum. *d. L. si domus*. 71. *de leg.* 1.

XVI. Sane si testator qui domum, aut fundum legavit, habuit ipse ædes, aut fundos, existimari debet, unam aliquam domum ex his, unum aliquem ex his fundum legavisse, quem heredes elegerint, Quod Africanus in domo simpliciter legata eodem loco respondit, idest, *d. L. si domus*.

XVII. Quod cum constet & in priore genere rerum semper, & in posteriore interdum legatum generis esse utile: licet iam progrediamur ad id, quod sequitur, & præcipue instituto huius loci convenit, ut quæratur, quæ ex eo genere species,

d. §. 40. Sæpe enim res tutius asservantur, & minus iniuriæ expositæ in locis minus firmis, quibus videlicet aliquid pretiosi reconditum non ita facile suspicantur prædones. In *d. L.* 12. §. 46. male, Hot. 3. *Obs.* 2. & 4. *Obs.* 7. expuncta negatione legit, *quæ expressa erat*. Sic enim obstaret *L.* 9. *pr.* versi. *si tamen species de supell. leg.* Villæ instrumento supellectilem non contineri, Alfenus *L.* 16. *pr. d. t.* Contra Proculus *L.* 19. §. 1. *d. t.* Cuiac. 26. *Obs.* 14. Resp. in rustica villa non contineri *d. L.* 16. *pr.* in urbana sic *d. L.* 19. §. 1. In *L.* 20. *pr. d. t.* non est cur, *pro insuper*, reponas *instructum*, cum Cuiac. 1. *Obs.* 27. Hot. 1. *Amic.* 27. & Ant. Fab. 1. *Coniect.* 7. Recte enim Rævar. 3. *Var.* 3. exponit *insuper* legatum, id est præceptione, quia ultra portionem hereditariam fundus Seiæ heredi *super*, & salvus est. Molæ instrumenti esse dicuntur *L.* 26. §. 1. *d. t.* negantur in *L.* 18. §. 2. *d. t.* Pac. 6. Q. 37. Resp. Esse ædium instrumenti, non esse fundi. Ad *L.* 26. *de pecul. leg.* ubi de rationibus breviariis vid. Mercer. 2. *Opin.* 17. Ad *Tit. de Penu leg. L.* 1. cur si penua non confestim detur, statim peti possit pecunia, vid. *not. infr. Cap.* 24. *N.* 7. In *Tit. de supell. leg.* de murrhinis in *L.* 3. §. 4. vid. Pancirol. *Lib.* 1. *Memorab. Cap.* 7. Ad ea, quæ Goth. notat *ad L.* 7. *pr. d. t.* de origine supellectilis adde quod tentoria facta ex pellibus Valer. *Lib.* 2. *Cap.* 2. & vid. Ræv. 4. *Var.* 3. In *Tit. de alim. leg. ad L.* 4. §. 1. vid. Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 8. Ad intellectum *L.* 8. vide Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 107. *de leg.* 1. Ex *L.* 14. §. 2. *d. t.* vulgo eliciunt, ut & Goth. *ibid. in not.* solitum dici etiam quod una vice fit. Quod falsum esse, ac inde non probari, ostendit Bellon. 1. *Supput. ult.* Ad *L.* 15. §. 1. verba *tempore messium*, &c. vid. Ræv. 2. *Coniect.* 2. In *Tit. de auro, & arg. leg. ad L.* 6. *pr.* de soluto unione vid. *not. supr. Cap.* 17. *N.* 5. In *L.* 8. *d. t.* expungit Cuiac. 12. *Obs.* 17. voculam *meam*, tanquam quæ irrepserit ea *L. praecd.* ne repugnet, *L.* 25. §. 6. *d. t.* Sed facilis est Resp. In *d.* §. 6. vocula *suam* significat usum, in *d. L.* 8. vocula *meam* proprietatem notat, non usum, propter adiecta verba, mundum, & ornamenta, &c. In *L.* 9. dicitur, auri certo pondere legato, non materiam, sed pretium deberi. Immo aut materia, aut pretium *L.* 35. *pr. d. t.* Pac. 6. Q. 41. per quam inconvenienter. Resp vocula debet in *d. L.* 9. exponi debere, id est potest. Sic enim sensus erit, non posse materiam præstari, & eo magis adversabitur *d. L.* 35. Rectius dicemus *debet*, poni pro necesse est, seu cogitur, ut significetur, electionem esse gravari utrum præstare velit. De coronis mensarum, quarum in *L.* 19. §. 14. mentio scitissime P. Fab. 3. *Semestr. ul.* Ad *L.* 22. *d. t.* vid. Ræv. 3. *Coniect.* 15. De coactilibus in *L.* 25. §. 1. vid. Cuiac. 5. *Obs.* 11. Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 20. Omni argento legato non contineri nummos Ulp. *in L.* 19. *pr. L.* 27. §. 1. *d. t.* Recte; quia forma, & qualitas in nummis spectatur, non materia *L.* 1. *de contr. empt.* Forc. *Dial.* 38 *n.* 1. ac argentum signatum in aliud, quantitatis numeratæ videlicet genus transit, Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 20. Contra Cic. in *Top. in le.* a genere, vid. Walth. 1. *Misc.* 3. Ad *L.* 30. *d. t.* vid. Cuiac. 26. *Obs.* 34. Non opus est ut *L.* 32. §. 4. pro *basilica* legas *taberna*, ceu vult Goth. *ibid.* Nam, teste Ascon. *in Milonianam*, in basilicis fuerunt tabernæ negociatorum. In *L.* 33. legata muliebri veste, non venit ea, qua testator ceu virili usus, licet muliebris sit. Aliud in stipulatione *L.* 110 §. 1. *de V. O.* Cur aliud? vid. Donell. *ibid. n.* 3. Forner. 1. *Select.* 1. Pac. 6. Q. 40. Diff. Hot. 3. *Obser.* 13. *tex. d. L.* 33. corrigens. In *L.* 34. §. *ultim.* nulla necessitas movit Cuiac. 2. *Obs.* 39. ut pro *demonstrationem*, & *argumentum*, reponeret *deminutionem*, & *augmentum*, quem sequitur Pac. 6. Q. 3. Moventur, quod conditio ei legato insit, non demonstratio *L.* 6. *de leg.* 1. Resp. Utrumque inest. Potest enim demonstratio in conditionem exire vid. *supr.* C. 14. *N.* 8. Et immo vocula *magis* [illegible] accipienda, ut recte Accurs. non [illegible]. Ad *L.* 38. §. 1. *d. t.* vid. Cuiac. 26. *Obs.* 29. Sed hæc sufficiant. A pluribus mihi tempero instituti memor. Reliqua fere explicat Goth. in *not.* maxime quoad verba. Denique quicquid præterea in istis Titulis ambigui, accurate non ita pridem expedüt in publicis Prælectionibus suis ad eos Titulos Vir Cl & ampliss. Ortolphus Fomannus in Ienensi Academia ante Pandect. nunc Cod. Iust. Professor meritissimus, quem honoris caussa, uti par est, nomino.

8) In minimo enim cespite, & gleba fundus consistere potest, Gœd *in L. locus* 60. *de V. S. n.* 8. qui tamen *n.* 9. legatum fundi non consistere, etsi testator fundos reliquerit. Quod refellitur, *L.* 7. *de trit. leg.* Nam, tritico simpliciter legato, si testator reliquerit triticum, id omne est in legato, &c. Rob. 2. *Sent.* 14. contendit, inutile esse, ex. gr. animalis legatum, non ea hac ratione, quia muscam dando liberaretur heres, & sic ad nihilum redigeretur legatum, quia immo, ait, non heredis, sed legatarii esset electio: Verum quia adeo effusum, ac incertum, ut inutilem magis actum testator concipere voluisse censeatur. Male, & recte noster. Nam præsuppositum Roberti, quod hoc casu esset legatarii, falsissimum est.

cies, seu res una legato contineatur. Et constat eam contineri, quam elegerit is, cui in hoc legato electionem damus. Utri igitur damus, heredi, an legatario? Et de eo ita scriptum est in *§. si generaliter. Inst. de leg.* si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est: nisi aliud testator dixerit. Aliis verbis eamdem sententiam exprimere volens Africanus in *L. si servus.* 108. *§. cum homo. D. de leg.* 1. ita scribit, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii. Nec mirum sit, aliud servari in contractibus, in quibus re generaliter legata, placet, electionem esse debitoris, quid det, non creditoris, quid petat. *§. praeterea si quis. Inst. de act.* Regula enim generalis est, quam ubique valere oporteat, nisi si qua res, aut aequitas suadeat ab ea recedi: favorabiliores esse reos, quam actores: & quod idem est, promiores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum, *L. favorabiliores. D. de regul. iur. L. Arrianus. D. de obl. & act.* Ideo & hanc regulam in contractibus sequimur, in quibus nihil est, quod hanc aequitatem reo auferat. At res suadet, vel cogit potius, eam in testamentis non servari. Quandoquidem in his totum ex voluntate testatoris pendet, *L. ex facto. §. rerum D. de her. instit.* ut proinde si cui is electionem dabit, non aliud ratio, & ius postulet, quam ut ei detur, etiam si sit legatarius, idemque creditor. Atqui voluntas testatoris in hac specie sic accipitur, quasi qui legatario, cui consultum voluit, eodem affectu hanc quoque electionem tributam voluerit. Idque interpretatione voluntatis iure recepta, qua placet, in 9 testamentis plenius voluntates testantium interpretandas, *L. in testamentis. D. de reg. iur.*

XVIII. Sed tamen & in legatis quoque superior definitio de electione in legato generis legatario danda, magna cautione indiget. Utcunque enim in *d. §. si generaliter.* videtur generaliter, & sine exceptione scripta, ubi aliud testator non dixit: tamen neque ad omnes res generaliter legatas pertinet; & ad quas pertinet, in his non infinita electio legatario tribuitur, sed certis finibus inclusa, qui modum electioni faciant. Primum sciamus definitionem in his rebus locum habere, quas testator ex eo genere habuit. Si nullas habuit, ad alienas non pertinet. Hic, inquam, legatarii electio non erit, quam velit ex alienis rebus omnium dominorum sibi dari; 10 sed erit heredis potestas emendi, quam velit, eamque dandi. Sic enim de vino generaliter legato scriptum est in *L. D. de trit. vin. & ol. leg.* si cui vinum sit centum amphorarum (id est vini generaliter appellati centum amphorae) cum testator nullum vinum reliquisset: vinum heredem emptururm, & praestaturum: tantum ne acetum detur, quod vini numero fuit. Et hoc ratio suadet. Testator enim generaliter rem aliquam legans, de suis potius, quae sint eius generis, sensisse intelligitur, ut inde sumatur legatum, quam de alienis. Probat Africanus in *L. si domus.* 71. *in pr. de leg.* 1. sed praecipue confirmat illa ratio Papiniani, qua ita definit, magis esse in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus facili testatores voluntate. *L. unum.* 67.

9) De differentia hac ultimarum voluntatum a contractibus Moller. 5. *Semestr. Diff.* 33. De liberaliori interpretatione in testamentis, late Simon de Praetis *de Interpr. ult. vol. Lib.* 1. *Inter.* 1. *Dubit.* 4. *fol.* 11. P. Fab. *ad d. L.* 12.

10) Olim differentia fuit inter legatum vindicationis, quo legatarii electio, & damnationis, quo heredis. Duar. *ad L.* 5. *pr. de leg.* 1. Hot. *ad §. si generaliter* 22. *ipsi* 21. *I. h. t.* Cuiac. 5. *ad Afric. ad L.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Cuius vestigia in *L.* 45. § 1. *de leg.* 1. *L.* 19. *de leg.* 2. *& simil.* Eamque differentiam nec hodie sublatam esse (sive genus legetur, sive duae res disiunctim) contendit Ant. Fab. 6. *Conject.* 1. *p.* 254. ex ea ratione, quod ex testatoris aperta voluntate magis, quam ex verbis descendat. Nam apertius non posset exprimere testator (ait Faber) utri electioni datam vellet, quam cum legatum vindicari iubet, vel heredem dare. Hinc in §. 22. *I. h. t.* electio legatarii est, *nisi aliud dixerit* defunctus, id est interpretatur Faber, nisi ab ipso herede legatum dari iusserit. Nicol. Valla *de Reb. Dub. Tract.* 14. *n.* 11. Discrimen id esse sublatum ad persecutionem legatorum, quae nunc omnibus eadem, & ius accrescendi mansisse in certis casibus ea coniectura voluntatis defuncti, quae ex verbis deprehendatur. Ut in electione hac, &c. Pac. 6. Q. 16. differentiam formularum in legatis sublatam esse ita, ut quodvis legatum valere debeat iure novo, & quasi damnationis, & quasi vindicationis verbis relictum. Quare si vindicare velit, legatarius eliget; sin in personam agat, heres eliget. Et ita putat Pac. semper esse in arbitrio legatarii, utrum eligere velit, si videlicet vindicet. Quod textus ii, qui heredi electionem tribuunt, plane non admittunt. Rob. 2, *Sent.* 14. sic *Aut verba* legati refert, & sermonem dirigit testator *ad legatarium, aut ad heredem. Priore casu*, si de certa re eum sensisse probabilis est coniectura, nescitur vero de qua, non est legatarii electio, quia non voluit testator plures res legato subiici. Ac cum actus tamen sustineatur, qui videri posset, ob defectum probationis irritus arg. *L.* 30. *de test. tut.* ita tamen eum interpretamur, ut heredi, in illo quadantenus gravato, electio tribuatur. Sin de certa re non sensit, unum ex pluribus legando, vel res functionem recipiunt, & heredis electio; vel non, & si ex pluribus certis rebus una legata, electio legatarii: Sin ex pluribus incertis generaliter, vel genus continet species diversae naturae, ut animalia, ac inutile legatum, &c. vel eiusdem. Et aut res certis finibus natura continetur; ut homo equus; vel communi usu ut vestis, & electio legatarii, etsi res in hereditate non sint, ut tamen hoc casu non optimum cogatur redimere heres, sed mediocrem, quem elegit legatarius. Aut hominis destinatione mutari solent, ut fundus, domus, & si in hereditate res sint, valet legatum, eligente legatario; si non sint, inane est. *Posteriore casu*, electio tacite heredi delata censetur, nisi contraria testantis voluntas. Ita Robert. non inargute. Sed expeditior videtur distinctio nostri Don. vid. & Vult. *in* §. 22. *I. h. t.* Gom. 2. *Res.* 11. *n.* 34. Arumae. *ex Iustin.* 9. *Th.* 10. De electione heredis late Simon de Praet. *Li.* 1. *de Interpr. ult. vol. Interp.* 1. *Dubit.* 3. *fol.* 4.

§. *si rem*. *D. de leg*. 2. Adde, quod si testator nullas res eius generis habuit, & legatario electionem damus, ut eligat ex universis eius generis, quæ ubique sint, quam velit sibi dari: fit infinita electio. De qua non est verisimile testatorem sensisse cum tam insigni onere heredis, Nec nos magnopere moverint ii loci, quibus generaliter in legato generis electio legatario tribuitur, quos supra indicavimus. Nam quod attinet ad *L. si servus*. 108. §. *cum homo*. *de leg*. 1. is locus potius superiorem interpretationem, & distinctionem confirmat. Non enim illic Africanus simpliciter definit, homine generaliter legato, electionem esse legatarii, sed hoc modo, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, nempe in rem, aut in personam. Quibus verbis significat, in quibus legatarius hanc actionum potestatem non habet, ut illa, aut illa utatur, in his eius electionem non esse. Atqui alienis rebus legatis, unam habet legatarius actionem in personam adversus heredem; nullam in rem, quippe qui alienæ rei dominus fieri non potuerit, ut suo loco dicetur. Quod autem attinet ad definitionem Iustiniani, quam supra retulimus ex §. *si generaliter*. *Instit. de leg*. etsi ea generaliter, & indistincte ita scripta videtur, ut re qualibet generaliter legata omni modo electionem tribuat legatario: non tamen ita est. Nam vel ipsum electionis verbum, quo definitio utitur, satis nos admonet, hanc ipsam potestatem solum tribui in rebus testatoris, non in alienis: quia in illas cadit ista electio; in alienas non cadit. Eligere enim est, ex his rebus, quæ potestati tuæ subiiciantur, iure potestate eius unam sumere. Est quæ potestati legatarii ad eam rem possunt subiici a testatore, nisi quæ sunt testatoris propriæ? In alienas cum nihil iuris habuerit, ut non potuit ipse ex his ullam sumere, ita multo minus ius sumendi, quod non habuit, in alium transferre. *L. nemo plus*. *D. de reg. iur*. Ergo re aliqua generaliter legata, sit electio legatarii in iis rebus, quas testator habuit eius generis. Si nullas habuit, sit electio heredis, quas aliunde emat, & præstet legatario.

XIX. Sed nec definitio superior ad res omnes, quas testator ex eo genere habuit, promiscue pertinet. In his electio erit legatarii, si res eius generis sint unius speciei, unius substantiæ & naturæ, ut si quid inter se differant, figura tantum externa, magnitudine, & bonitate differant, non speciei communione: ut fit, cum homo legatur, bos, equus. Diversum est, si generi legato subiectæ sint res diversorum generum. Nam ex priore legato eligitur corpus unum ex pluribus. Ex posteriore eligitur primum genus unum ex pluribus, deinde ex eo genere unum corpus. Corporum singulorum electio datur legatario, cum ita dicitur, si qua res generaliter legetur, electionem legatarii esse. §. *si generaliter*. *Institu. de leg*. Hoc enim significatur, electionem esse eius rei, quæ legatur. Ea autem erat corpus unum. Et vero ita recte datur. Est enim inter res eiusdem speciei aliqua proportio, qua fiat, ut una cum altera recte comparetur, & ex ea comparatione una potius quam altera recte eligatur. At non item legatario data est electio generum. Quod declaratur exemplo olei legati in *L*. 4. *D. de trit. vi. & ol. leg*. his verbis *cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quæri, cuius generis olei uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant. Et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere*. Proponitur certum pondus olei legatum, sed olei simpliciter, non olei certi generis. Nec distinguitur; utrum testator alicuius generis oleum vel olea habuerit, necne. Quin potius eum habuisse magis significatur eo, quod dicitur, eum certi generis oleo uti solitum fuisse. Respondetur tamen, electionem esse heredis, ut eligat genus olei, ex quo præstet illud certum pondus, quod legatum est. Constat autem olea non esse unius generis, sed plurium, & maxime diversorum. Est enim iuglandinum, est olivum, est amigdalinum, est iuniperinum, & alia innumera. Ita hic electio heredi datur, legatario denegatur; sed electio generum, non corporum singulorum. Et merito; nam inter tam multa, & varia genera olei nulla est proportio, nulla æqualitas, [11] ut valde iniquum sit, in his generum ipsorum electionem legatario dari: pugnatque cum illa sententia Papiniani, in suis legandis, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciliores esse testatores. *L. unum*, 67. §. *si rem. de leg*. 2. At sit certorum corporum electio, & eorum quæ testator habuit: retinebimus ubique illam definitionem, re generaliter legata, electio-

11) Non igitur, pro *&* *non* reponendum in *d. L*. 4. ut ex coniectura Iac. Lectii ibid. Goth. in *not*.

ctionem esse legatarii, uti definitio concepta est, in *d.* §. *si generaliter. Inst. de leg.* Neque dissentit *L. si domus, 71. in pr. de leg.* 1. Nam & in Pandectis Florentinis ita scriptum est: *si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum, quæ domus: cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habebat, legatario dare.* Quam vellet, inquam, numero singulari, ut verbum id ad legatarium referatur, cui electio detur, non ad heredes. In aliis quidem exemplaribus quibusdam legitur, *cogentur heredes, quam volent domum, ut sit heredum electio.* Sed scriptura Florentina est potior, non magis propter auctoritatem earum Pandectarum, quam propter consensum eorum locorum, quibus eadem hæc sententia expressa est, cum quibus Florentina superior congruit.

XX. Postremo utcumque in rebus, quæ testatoris ex eodem genere fuerunt, legatario electionem demus: illud in hac electione diligenter præcipiendum est, non infinitam esse hanc electionem, & per omnia liberam, ut possit legatarius, quodcumque velit ex eo genere etiam optimum eligere: sed conclusam intra modum. De quo ita scriptum est in [12] *L. legato. 37. D. de leg.* 1. legato generaliter relicto, veluti hominis, Caius Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus, vel pessimus accipiatur. Quæ sententia rescripto Imperatoris nostri, & Divi Severi adiuvatur: qui rescripserunt, homine legato, actorem non posse eligi. Ex quo etiam apparet, in tota hac electione semper id egisse veteres, ne infinitum quid tribueretur legatario, neve nimis oneraretur heres: ut si quando periculum esset, ne, electione data, id fieret, non abs re placuisse dixerimus, ut esset electio heredis, non legatarii.

XXI. Quæ ex legato generaliter relicto incertitudo est rei legatæ, eadem est & rebus pluribus nominatim legatis, si legatæ sint disiunctim, ut velit testator unam ex his eligi, non omnes simul præstari. Ut cum ita legat: Titio Stichum, aut Pamphilum do lego: Titio fundum Seianum, vel usumfructum fundi Seiani do lego. In qua specie, cum ea res legata intelligatur, quæ ab eo, quem oportet, electa est, nempe eadem hic quæstio est, quæ in genere superiore, utrius sit electio, legatarii, an heredis. [13] Et placuit hic quoque si species plures isto modo legatæ sint, electionem esse legatarii. *L. si is cui. 19. L. Lucio. 23. de leg.* 2. eadem illa ratione scilicet, qua superius, quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis. D. de reg. iur.* Nam alioqui in contractibus placet, in hoc quoque genere electionem esse promissoris, non stipulatoris. §. *huic autem. Instit. de act.* Sed species plures hic legatas esse volumus, ut sit electio legatarii.

XXII. Quod si testator ita leget, vel fidei heredis committat (nam hodie post constitutionem Iustiniani utrum horum fiat, nihil interest. *L.* 2. *C. com. de lega.*) ita leget, inquam, ut Titio fundus, aut centum dentur: responsum est, electionem heredi relinqui, utrum malit dandi, dum modo alterum solidum præstet; ut si quidem heres pecuniam offerat, inhibeat prætor fundi persecutionem. Si non offerat, neque fundum det, tamen non pluris fundus æstimetur adversus eum, quam centum. Hoc Africanus in *L. si quando.* 109. §. 1. *de leg.* 1. Ex quo differentiæ ratio facile potest perspici. Apparet enim Africanum hoc sentire, in huiusmodi legato quantitatem pro re legari, ut reipsa sit in obligatione, & quantitas in solutione, ut dum hæc præstetur etiam post moram, tamen semper heres ex voluntate testatoris liberetur. In quo palam est, heredi electionem pecuniæ solvendæ dari.

XXIII. Quod si hoc in specie, & quantita-

12) Adde *L.* 110. *de leg.* 1. *ibique* Cuiac. 8. *ad Afric.* Optione tamen servi data legatario, etiam optimum eligi posse, scribit Cuiac. 23. *Obs.* 14 cum Rogerio per illa Ciceronis 2. *de Invent.* Optione data vasorum argenteorum, vasa magnifica, & pretiose cælata vindicari posse. Et quia maior vis est expressim, quam tacite datæ electionis.

13) Quoties tamen ex duabus rebus disiunctim relictis, in altera est ambiguitas, interpretatio voluntatis ex alterius rei æstimatione sumenda. Quo pertinet species *L.* 1. *de reb. dub.* Fundo Mæviano, aut Seiano legato, si unus specialis fundus, forte a Mævio acceptus, Mævianus nominatus, deinde alia prædia ei adiecta, ac coniunctio plurium prædiorum æque Mævianus fundus a testatore vocatus, quæritur, quid legato contineatur? Dist. Aut verus Mævianus non multum distat a pretio Seiani, & is solvi legato est; aut Seiani pretium eum longe exsuperat, & tunc adiectio prædiorum æque Mæviani legato inest, & accipitur novus Mævianus. Coniectura ducta, ut Bart. *in d. L.* 1. a natura electionis hic datæ legatario, ea, ut constituatur inter res pares, vel non longe disparis æstimationis, ita Don. noster *ad d. L.* 1. Convenit Cuiac. 8. *Obs.* 25. & Ang. Matth. *Lib.* 2. *de Via Iuris C.* 4. *n.* 11. Electio, inquit, inter æqualia dari putatur, idque exigit natura alternativæ. Hot. 1. *Obs.* 3. *&* 1. *Amicab.* 16. negatione detracta legit in *d. L.* 1. si magna pecunia, &c. quia nemo sanus leget sub disiunctione res duas, quarum pretium immodice differat. Disiunctiones enim institutæ, ut optioni locus sit. Quare si immensa pecunia Mæviani, id est plurium prædiorum collectionis, rationes distent a Seiano, non videntur cætera prædia legata. Notatur a Rob. 2. *Rec. Lect.* 6. & A. Gentile 1. *Lect.* 19. Sane in effectu interpretatio Hotomanni convenit cum aliorum expositione. In fine enim *d. L.* 1. per *vocem Mæviani* intelligit Hotomannus universam possessionem prædiorum plurium, cum debuisset Mævianum speciale fundum accipere; itaque emendatione non opus est.

ritate disiunctim legata recipimus, ut electio sit heredis: multo magis in pluribus summis disiunctim legatis heredi potestatem dabimus, ut minimam eligat. Quam, quia semper electurus putatur, ideo legatum sic accipitur, quasi non duæ summæ relictæ sint, sed una ea, quæ est minima. Ut, si ita scriptum sit, decem, aut quindecim heres dato: pro eo est, quasi decem sola legata sint. Hoc Pomponius in *L. si ita relictum*. 43. §. *ult. de leg*. 2.

XXIV. Et quia minor summa esse putatur, cuius solutio differtur in longius tempus, puta in biennium, quam cuius differtur in tempus brevius, puta in annum: ideo ibidem Pomponius adiicit, si ita scripserit testator, post annum, aut post biennium, quam ego decessero, heres dato, post biennium videri legatum. Et addit communem rationem, quia heredis esset potestas in eligendo. Eadem tradita de contractibus legimus in *L. si ita*. 12. *L. si ita*. 109. *D. de verb. oblig*.

XXV. Sed cur in testamentis etiam in pluribus summis disiunctim relictis non similiter, ut in pluribus rebus eodem modo relictis, legatario electionem damus: sequimurque etiam in summis eamdem illam regulam iuris, ut dicamus generaliter, in testamentis plenius nos voluntates testantium interpretari? *d. L. in testamentis. D. de reg. iur.* Hoc ideo, quia in universa hac eligendi potestate sic legatario electionem damus, nisi appareat, aliud voluisse testatorem. *d. §. si generaliter. Instit. de leg.* Apparet autem voluisse tunc, cum speciem, aut certam summam disiunctim legavit, ubi scilicet rem legatam æstimavit certa quantitate, quam vellet licere pro re præstari. Apparet & in pluribus summis disiunctim relictis, quia in his testator non tribuit legatario potestatem sumendi, quam summam velit de bonis heredis, sed heredi undecumque solvendi potestatem facit. Unde etiam iure ad alterutram ex duabus summis disiunctim relictis petendam actio est non in rem, sed in personam: in qua heres, tanquam debitor conventus, necesse est, communi cum cæteris debitoribus iure utatur. Hoc autem iure & in re generaliter debita, & in pluribus disiunctim in obligationem deductis debitoris electio est. *§. huic autem. §. præterea. seq. Instit. de act.* Confirmat hanc rationem Africanus in *L. si servus*, 108. §. *cum homo*, *de leg*. 1. cum in legato generaliter relicto ideo dat electionem legatario, quia in potestate eius sit, qua actione uti velit, in rem, an in personam. Tolle ergo hanc actionum electionem. Apparet, eum. nec legatario electionem daturum fuisse.

XXVI. Huic legato finitimum est illud, vel potius prope idem, cum ex duabus, vel pluribus rebus testator dicit unam se legare: ut, ex duobus servis meis, unum Titio do lego; ex tribus fundis, unum. Et hic in eadem incertitudine unius rei ex pluribus legatæ eadem voluntatis interpretatio est, & electio legatario data, ut sumat ex his rebus, quæ indicatæ sunt, unam quam velit. *L. qui duos*, 20. *D. de leg*. 1. Sed hæc ita sunt, inquam, si testator ex pluribus rebus certis unam leget ita, ut nominatim dicat se unam ex illis legare. Tum enim certum sit, testatorem de una aliqua certa præstanda non sensisse, sed infinite eam voluisse dari, quæ ab alterutro esset electa, herede aut legatario. Quam ob caussam voluntatem eius plenius interpretantes legatario electionem damus. Diversum est, si quis, cum duos Stichos haberet, legaverit Stichum simpliciter, ut diceret, Titio Stichum do lego, non autem ex duobus Stichis meis unum do lego. Iam enim tum apparet, testatorem de uno certo ex his præstando sensisse, non utriusque electioni cuiusquam, nisi quid ad legatum præstandum necesse sit, subiecisse. Ideo placuit, in hac specie legatarii electionem non esse, utpote quam testator illi dare nullam constituerit. Ex quo relinquitur, ut si quid hic deberi volumus, necesse sit, rem permittere potestati heredis, ut det ex his, utrum voluerit, quod & placuit. *L. si quis a filio*. 32. §. *penult. D. de leg*. 1. Idemque responsum est, si quis cum duos fundos haberet eiusdem nominis, puta Cornelianos dictos, legasset simpliciter fundum Cornelianum, & esset alter pretii maioris, alter minoris. Nam & hic probatum est, si heres minorem legatum esse diceret, hunc præstando, eum liberari, si maiorem legatum non posset docere legatarius. *L. cum servus*. 39. §. *penult. D. de leg*. 1. Sed cum dicamus, testatorem in hac specie res istas non subiecisse cuiusquam electioni: cur hanc electionem denegantes legatario, eam potius heredi damus? Non sane quia testator in eum potius hanc electionem conferre voluerit; sed quia, si legatum valere volumus, id ita facere necesse est. Nam si hic neque legatario, neque heredi electionem damus, nihil debebitur. Quod utique testator noluit. Certe in ambiguo sic voluntatem eius interpretamur, ut sumamus id, quod est pro fidei-

fideicommisso, ne fideicommissum intercidat; & generaliter ut quod fit, valeat potius, quam pereat. *L. cogi.* 16. *in pr. D. ad Treb. L. quoties in actionibus. L. ubi. D. de reb. dub.* Enimvero cur in hoc legato hoc incommodum metuimus, ac non potius, eo contempto, audemus dicere, hic neutrum Stichum, neutrum fundum Cornelianum deberi, quia non intelligatur, de quo testator senserit? Nam hæc eadem incertitudo si in persona legatarii inciderit, dicimus, impediri legatum. Veluti si testator leget Titio, & duo sint Titii, neque intelligatur, de quo testator senserit, placet, neutri legatum deberi. *L. si fuerit.* 10. *D. de reb. dub.* Rationem differentiæ exposui, & simul quæ ad incertitudinem hanc totam pertinebant ad *d. L. si fuerit.* Inde sumere licebit. Commentarium in calce huius libri adiectum, lector, reperies.

XXVII. Non solum in legato inest res legata; sed etiam, ut proposui, ius, quod in ea re testator transferri velit. De quo etiam nonnulla incertitudo est, quæ & hoc loco fuit attingenda. Quid enim; an heres rem legatam, quam præstabit, perfecte facere debet accipientis, ut ne possit quandoque avocari: an vero quam dabit, sufficiet talem dare, qualis est? Et de hac præstatione hæc voluntatis testatoris interpretatio, & hanc secuta iuris distinctio recepta est, ut multum intersit, res generaliter legata sit, an una aliqua specialiter, & certa. Si res generaliter legata est, non sufficit unam aliquam ex eo genere dare talem, qualis est: sed oportet ita dare, ut fiat perfecte accipientis, id est ita, ut legatario eam habere liceat; aliter dando heres non liberetur. Ut puta, homo generaliter legatus est. Si heres servum dederit, suum quidem, sed aut statu liberum, aut qui aliis noxam nocuerit, aut alii pignori obligatum: non liberabitur, quasi nec videatur dedisse eum, qui ex his caussis evinci potest, ut eum propterea habere non liceat. *L. si a substituto.* 45. *§.* 1. *D. de leg.* 1. *qui concubinam.* 29. *§. pen. D. de leg.* 3. Quod si res certa legata erit: veluti Stichus, placet, talem dari debere, qualis est. *d. L. a substituto.* 45. *§.* 1. *in fin. L. legatum.* 116. *§. ult. de leg.* 1. ut puta servus statuliber legatus est: Eum heres statuliberum recte dabit. *L. servum.* 44. *§. penult. de leg.* 1. Fundus, qui legatus est, servitutem debuit. Cum servitute recte præstabitur. *L. servo.* 69. *§. penult. de leg.* 1. Idque ita est, sive ipse fundo heredis servitutem debuerit; sive ei fundus heredis. Usque adeo, ut quamvis forte confusione dominii servitus sit exstincta, tamen pristinum ius restituendum sit heredi, & legatario. Ac nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponatur; si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento supersit. Hæc in *L. legatum.* 116. *§. ult. D. de leg.* 1. Differentiæ ratio hæc est, quod cum in utroque genere insit legatum, inest hoc etiam, ut res legata, quæcumque erit, detur. Legatum enim donatio est. Donatio autem doni datio. *L. senatus. §.* 1. *D. de mort. causs. don.* Iam vero dare est dominium transferre. *§. sic itaque. Instit. de act.* Nec videtur dari, nisi ubi res perfecte fit accipientis. *L. cum quis. §. qui hominem. D. de sol.* Proinde quandiu per voluntatem testatoris licebit rem aliquam ex caussa legati dare, quæ res perfecte accipientis fiat, ita & dari debebit, ex significatione, & fine legati. Quod si per voluntatem testatoris id non potest, voluntati parendum est. Atqui prius licet re generaliter legata, cum in eo genere possint multæ res reperiri, quæ ita transferri possint, ut eas habere liceat, nec sit periculum ab evictione. Talem igitur rem unam aliquam ex eo genere præstare heredem oportebit, si modo præstet ipse, ut sæpe eius electio est; non autem legatarius sumat unam ex rebus defuncti. Quo casu electione sua qualemcumque rem elegerit, consumit legatum. *L. apud. D. de opt. leg. L. si is cui.* 19. *D. de leg.* 2. Non idem licet facere, cum res certa legata est. Hic enim testator legatum ad unam rem certam adstringens, ab ea recedi noluit; ut necesse sit, ex voluntate eius hanc rem præstari, quæ sola legata est. Quod si necesse est, relinquitur omnino ex voluntate testatoris, ut qualis res est, talem dari oporteat.

XXVIII. Quod tamen dicimus, cum res certa legata est, talem dari debere, qualis est, de re testatoris legata dictum accipiendum est. Suum enim aliquid legans testator, tantum videtur legare quantum in legato habuit, non amplius. *L.* 6. *§.* 1. *§. ult. de leg.* 1. Quod si rem alienam legavit sciens, hoc in legato est ex mente testatoris, ut heres eam rem redimere debeat, & præstare; & si eam redimere non potest, æstimationem eius dare. *§. non solum. Instit. de leg.* nempe ideo, non solum quia alioqui legatum sit inu-

inutile [14] : ſed multo magis, quod teſtator in re aliena, quatenus aliena eſt, nihil iuris habens, & tamen eam dari volens, non poteſt videri legati modum revocaſſe ad aliquod ius ſuum, quod in ea re, quatenus aliena eſt, nullum habuit. Ita hoc ſupereſt, ut tantum in ea legaſſe intelligatur, quantum dandi verbo continetur. Id autem continetur, ut res perfecte fiat accipientis. *d. L. cum quis*. §. *qui hominem*. *D. de ſolut*. Quod de re in totum aliena legata iuris eſt, id eſſe neceſſe eſt & in parte eius rei, quæ pars aliena fuerit. *L. quæ de tota*. *D. de rei vind.* Ex quo eſt omnino, quod Papinianus de re teſtatoris legata: in qua uſuſfructus alienus eſt, reſpondit. Scribit enim heredem hunc quoque uſumfructum redimere debere, & ad id conſequendum poſſe legatarium totum fundum petere. *L. Mævius*. 66. §. *penult*. *D. de leg.* 2. [15] & ſi is uſusfructus eſſet heredis, voluntatis rationem non pati, ut heres ex hac cauſſa fructus emolumentum retineat. *L. cum filius*. 76. §. *dominus*. *D. eod. tit*. Utrobique addita hac ratione, quæ ad ſuperiorem definitionem nos deducit, quod ſcilicet uſuſfructus dominii partem obtineat. Hac enim ratione non illud tantum ſignificat, dominium hic legatum eſſe, ideo & uſumfructum dominio adiunctum, quia pars dominii obtinet, ſed etiam in hoc uſufructu rem alienam legatam videri; quæ proinde redimi debeat ab herede, aut eo adduci, ne amplius rem legatam turbet, ſed ea exſtincta, incipiat res legata non amplius pro parte eſſe aliena.

XXIX. Hoc ius & ad res teſtatoris pignori obligatas tanquam alienas translatum eſt. Placet enim, etſi res teſtatoris legata ſit, ſi ea pignori ſit obligata, ita valere legatum, ut heres non rem, qualis eſt, præſtanda liberetur, & legatarius de ſuo pignus liberare debeat, ſed ut quemadmodum heres rem alienam legatam cogitur redimere: ita & rem pignori obligatam a ſciente legatam luere cogatur: ideſt pecunia creditori ſoluta, rem obligatione pignoris liberare; niſi teſtator aperte aliud caverit. §. *ſed etſi rem*, *Inſt. de leg. L. ſi res obligata*. 57. *D. de leg.* 1. Quippe & res pignori obligata quodammodo aliena eſt, ut cuius pretium nobis abſit, quod pro ea liberanda præſtare cogimur. Sic enim veteres definiunt, ei rem abeſſe videri, cui pretium abeſt. *L. Labeo & Sabinus*. *D. de verb. ſign.* Unde & pignoris obligatio ſpecies alienationis habetur in *L. ult. C. de reb. al. non al.* Sed a ſciente legatam eſſe volumus, ut voluntate teſtatoris heres luere cogatur. Quam ſi pignori obligatam teſtator ignoravit, placet hic quoque idem, quod in re aliena, ut non neceſſe habeat heres eam luere, *d.* §. *ſed etſi rem*. *Inſt. de leg. L. ſi res obligata*. *de leg.* 1. Quod tamen poſterius ita temperatur ab Ulpiano in *d. L. ſi res obligata*. ut neget, locum habere duobus caſibus.

XXX. Unus eſt, ſi teſtator vel hanc, vel aliam rem æque legaturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam. Congruit *L. prædia*. *C. de fid.* Sic autem de eo conſtare poterit, ſi aut aperte teſtator quandoque id profeſſus fuit, aut ſi rem coniunctæ perſonæ legavit. Illic res loquitur; hic coniectura voluntatis admiſſa eſt. Nam & hoc idem ſervatur in re aliena ab ignorante legata *L. cum alienam*. *C. de leg.*

XXXI. Alter caſus eſt, quo vult Ulpianus rem obligatam ab eo, qui pignus ignoravit, quamvis extraneæ perſonæ relictam, nihilominus lui ab herede, ſi poteſt, inquit, aliquid eſſe ſuperfluum ex ſoluto ære alieno. Quod ſic interpretandum puto, ut hoc caſu hactenus lui debeat res ab herede, quatenus a legatario ex ſoluto ære alieno, quod efficiat æſtimationem rei legatæ, reſtabit adhuc ſuperfluum aliquid æris alieni, quod ſit exſolvendum ſupra rei æſtimationem. Id enim ſuperfluum heres exſolvere cogetur ad pignus liberandum, non legatarius. Ut puta, debentur trecenta. In eam ſummam fundus pignori oppoſitus pretii non maioris,

14) Si autem res communis legata, tanquam quæſita teſtatoris, id eſt ſi is ſuam vocavit, pars tantum debetur *L.* 5. §. 1. & 2. *de leg.* 1. niſi partem alteram deinde teſtator redemerit vid. *not.* C. *ſeq.* N. 1. Ratio differentiæ. Cum tota res aliena, non poteſt alia coniectura capi, quam voluiſſe defunctum totam legare. Cum autem pars teſtatoris, credibile eſt, eum de illa cogitaſſe. Quid ſi quis rem communem ſimpliciter legaverit? Duar. *ad d. L.* 5. §. 2. & tunc partem ſolam, ac ius, quod in ea re teſtatori fuit, deberi. 1) Ex coniectura, quod non ultra cenſeatur oneraſſe heredem *L.* 36. *de uſufr. leg.* 2. Quia plura exempla ubi re legata id ius continetur, quod in ea habuit defunctus *L.* 39. §. 3. *L.* 71. §. *ult. L.* 94. *de leg.* 1. *L.* 68. *de leg.* 3. *L. fundus* 24. *de inſtr. leg.* Diſſentire ait Duarenus Accurſium & paucos ſequaces (1) quia appellatione rei totum continetur *L.* 56 §. 2 *de evict.* Reſp. Mens verbis potior. (2 Quia uſusfructus redimendus *L.* 66. §. *pen. de leg.* 2. Reſp. Non ibi decidi, an & quando totus fundus debeatur, ſed, poſito, quod debeatur, etiam uſumfructum præſtandum. 3) Pignus luendum. Reſp. Quia non credibile eſt voluiſſe defunctum æs alienum ſolvi a legatario, quod onus heredis. Ita Duar. Mihi videtur, quia res communis pro parte ſocii aliena: eadem diſtinctio adhibenda an teſtator rem ſuam putaverit, an ſciverit, partem eſſe alterius, arg. eorum quæ *ſupr.* C. 11. N. 19. & *ſeqq.* & quæ hic noſter tradit in pignore.

15) Si tamen non ſit heredis, atque diſtingui putaverim, argumento eorum; quæ tam diai, an teſtator ſciverit uſumfructum alienum, an neſcierit.

ioris, quam ducentorum. Hoc dicimus, legatarium in proposito pignus luiturum ad ducenta, quanti res valet. Quod superfluum est æris alieni, idest, quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, idest centum reliqua, heredem præstaturum. Primum quæ a me sententia ex Ulpiano modo relata est, totidem verbis affirmative scripta legitur in Pandectis Florentinis. Ut autem eam scripturam retinendam putemus, faciet superior intrepretatio, si modo eam recipimus. Atqui ut interpretatio verbis congruit, ita sententiam habet, ut puto, verissimam; certe eam, quæ ratione non dubil iuris defendatur. Constat enim, eum, cui fundus legatus est, eatenus onerari posse, ut præstet alii, quantum sit in pretio fundi; si quid sit amplius, eum præstare non cogendum, quoniam nihil ex testamento videatur capere, qui tantum erogat, quantum accipit. Hæc pene totidem verbis in *L. civitatibus*. 122. *§. ult. D. de leg.* 1.

XXXII. His casibus constitutis, quibus ostendimus, testatorem hoc animo fuisse, ut vellet prædia legata liberari ab herede: tractat deinceps Ulpianus in *d. L. si res obligata*. 57. *de leg.* 1. quomodo legatarius consequatur, ut liberetur. Respondet, id eum facile consecuturum fundo legato accepto, si hypothecaria conveniatur a creditoribus. Nam cum, inquit, testaror liberandorum prædiorum onus ad heredes suos pertinere voluerit ([16] sic enim legendum est, non, noluerit, ut adversativa sequens ostendit) quamvis aperte de his liberandis non senserit: tamen nihilominus ex superiore voluntate testatoris habet legatarius doli exceptionem, qua summoveat creditores, nisi parati sint sibi cedere actiones suas adversus heredem. His vero cessis, iam haud dubie consequetur ab eo, quod debetur, quodque solutum satis esset ad pignus liberandum. Quanquam autem, inquit, hac exceptione usus non fuerit suo tempore, id est, cum hypothecaria conveniebatur: tamen per iurisdictionem magistratus id ei præstabitur. Sensus est, dabitur ei ultro actio adversus creditores, qua hanc cessionem etiam nunc ab illis consequatur. Hoc ille. Quo loco quædam occurrunt, quæ posteriorem hanc sententiam impe-

diant. Quæ paucis diluenda sunt. Ac primum re iudicio transacta inter legatarium, & creditores, quæ potest fieri cessio actionum ab his, qui actiones eas habere desierunt? Legatarius cum hypothecaria conveniretur, nulla exceptione usus coactus est pecuniam solvere. *L. si fundus. §. in vindicatione. D. de pig.* Pecunia soluta etiam obligatio principalis sublata est. *Inst. quib. mo. tol. obl.* Atque hoc modo heres debitor liberatus. Quo liberato, nullæ sunt amplius adversus eum actiones. Quomodo igitur cedant creditores eas actiones, quas non habent? id quidem neque natura, neque iuris ratio, & regula concedit. *L. nemo plus. D. de reg. iur.* idque ipsum in hac specie nominatim responsum in *L. Modestinus. D. de sol.* Respondeo, cum legatarius hypothecaria conventus pecuniam solvit creditorihus, ita futurum fuisse, ut tolleretur obligatio, & actio principalis, si legatarius solveret nomine heredis, eiusdemque debitoris. Nunc autem nomine debitoris non solvit, sed suo. Non enim solvit, ut debitorem liberaret, sed ut rem suam, quæ ex caussa legati eius facta est, liberaret obligatione pignoris. Ideo & obligatio principalis semper manet, & inde in personam actio adversus heredem. Quamobrem & cedi ea recte potest. In quam sententiam & Papiniani responsum est diserte scriptum in *L. Papinianus. D. mand.*

XXXIII. Rursum quæritur, quomodo legatarius possit agendo consequi a creditoribus, ut cedant suas istas actiones. Constat enim, si quis nullam actionem habuit, quam intenderet, non habere eum facultatem alios iudicio conveniendi. *L. si pupilli. §. ult. D. de neg. gest.* Et quam hic actionem habere possit adversus creditores, cum quibus nihil contraxit, nullum negotium gessit? fatendum est, nullam eum habiturum fuisse, si quidem hoc vere diceretur, legatarium in proposito nullum cum creditoribus negotium gessisse, nihil contraxisse. Sed gessit, contraxit cum his, cum illis pecuniam solvit. Solvit enim hac mente, atque hac lege, ut illi ab omni obligatione pignoris ipsius gratia discederent. Proinde ut eas actiones deponerent, quas habent pignoris persequendi caussa, idque in rem, & utilitatem legatarii. Id vero ita fit, si illi depositas a se

actio-

16) Ita etiam emendat A. Fab. 11. *Coniect.* 10. Sed vulgata lectio sic defendi potent, si vers. *quod si &c.* accipiamus de casu, quo, *aliquid superfluum, &c.* ex verbis præcedentibus, id est quo debitum maius quam æstimatio fundi. Hic si testator noluerit onus liberandi esse heredis, licet nec aperte caverit fideicommissarium debere pignus luere, tamen id ipsius onus erit, ita tamen ut conventus hypothecaria, si integrum debitum exsolvat, postulare queat sibi cedi actiones, quibus contra heredem utatur, ratione non totius exsoluti, sed eius, quod amplius præstitit, quam in prædiorum legato est, seu quod prædiorum valorem excedit.

actiones in legatarium transferant. Hinc negotium tacite gestum de actionibus legatario, si postularet, cedendis. Erit igitur ei ad id consequendum actio præscriptis verbis, tanquam negotio civili gesto, ex quo hæc nascitur actio. Dedit enim pecuniam creditoribus, ut illi facerent, id est, actiones suas cederent. Ex quo genere maxime, cum non est alia vulgaris, & usitata actio, constat, esse præscriptis verbis in factum actionem. *L.* 2. *L.* 5. *in pr. D. de præs. ver. L. iuris gentium. in priu. D. de pact.*

C A P. XX.

Quantum sit in legato: quæstio etiam tunc cognitu necessaria, cum quid legatum sit, maxime constabit.

Incidere interdum, ut citra apertam voluntatem defuncti plenius fiat legatum, quam ab initio relictum est, interdum ut minus. I.

Plenius fit, cum rei legatæ vivo testatore quid extrinsecus accedit sive per alluvionem quid fundo legato adiectum sit, sive ipse testator eum ampliorem fecerit, sive areæ legatæ domum imposuerit. II.

Minuitur legatum tum ex legatariorum numero, tum ex quantitate legatorum. III.

Si eadem res duobus, vel pluribus coniunctim relicta, singulis partes datæ videntur; & qui totam vindicat, & si alter non partem, sed æstimationem consequutus, doli exceptione repellitur. IV.

Idem si unus totam vindicet, alter in personam agat. V.

Si res pluribus legata separatim, habere rem duas dubitationes; & quæ nam. VI.

Non esse dubium, quin testator, secundo dando, possit, si velit, priori adimere; idve eum fecisse unde intelligatur. VII.

Item nec de eo, quin, si appareat; duobus eandem rem legando, utrumque solidum accipere voluisse, eius voluntas servanda sit. Et quatenus primo litem de legato contestanti electio detur rei, vel pretii. VIII.

Si de neutro horum liqueat, concursu legatarii partes faciunt, & quidem æquas, seu viriles si nullæ adsignatæ. Et coniuncti permixti disiunctis unius personæ vice funguntur. IX.

Quid si unus quoquo modo defecerit. Quid si omnes. X. XI.

I. AD præstationem legati non illud solum quærendum est, quid legatum sit, seu quid sit in legato; de quo ante diximus: sed etiam quantum: ut sciri possit, quid, quantumve ex ea caussa peti, præstarive oporteat. Neque vero qui cognovit, quid sit legatum, idem statim quantum sit in legato, intelligit. Id ex eo accidit, quod legatum rebus quibusdam extrinsecus incidentibus, sine verbis, & cautione ulla testatoris interdum plenius fit, quam ab initio relictum est; interdum minus. In quibus cum aperta voluntate testatoris deficiamur, merito quale sit utrumque, ubi & quibus ex rebus incidat, quæritur. Cuius quærendi hic demum locus est.

II. Et plenius fit legatum, quam relictum est, cum rei legatæ quædam extrinsecus accesserunt, quæ ei cederent, etiam si vivo testatore accesserint, multo ante scilicet, quam legatum ad legatarium pertineret. Veluti si fundo legato aliquid alluvione accreverit; si insula in confinio eius nata sit; si testator [1] parte aliqua agri aliunde adiecta fundum ampliorem fecerit. Cedunt hæc omnia legato, & cum eo, quod initio fuit, quodque solum verbis legatum erat, exigi a legatario possunt. *L. quod in rerum.* 24. *§.* 1. *D. de*

[1]) Magis igitur, si communi re legata, ubi pars tantum, quæ testatori in ea est, alias deberetur vid. *not. C. praced N.* 14. partem socii testator redemerit. Tunc enim debetur tota res argum. *L.* 8. *pr. de leg.* 1. ubi Duar. (vid. & Dauth. *de Testam. n.* 270.) Nam eadem est ratio augmenti, & deminutionis. Parte autem alienata, minuitur legatum *d. L.* 8. *pr* Extendit hoc Duarenus, Etiamsi iudicio communi dividundo altera pars testatori adiudicata iuxta distinctionem *L.* 53. *§.* 17. *de act. empti*. Sed obstat *L.* 31. *de usuf. leg.* ex qua Duarenus se non recte expedit. Quare hæc extensio mihi non probatur. Constituo potius exceptionem, nisi res iudicio adiudicata *d. L.* 31. Ratio exceptionis, quia nec si iudicio pars testatoria adiudicata esset socio, minueretur, aut tolleretur legatum, cum illa sit alienatio necessaria. Etiam per dicta *supr. C.* 17. *N.* 13. Proinde illa ipsa regula: Eadem ratio augmenti, & c. hanc exceptionem suadet. An domo legata, si testator post testamentum alias illi contiguas ædes emerit, ac ex priori in has aditum habuerit, & utraque domo quasi pro unis ædibus utatur, legatum auctum sit, vid. Zoan. *Rer. quot. C.* 11.

de leg. 1. *L. cum fundus.* 10. *de leg.* 2. *L. sæpe.* 16. *de leg.* 3. Nec propter accessionem legatum perimi dixerimus, quasi re priore mutata, species nova exstiterit. Quod enim ex illis adiicitur rei legatæ, rem novam non constituit, sed eam, quæ est, ampliorem facit. Sed etsi res nomen mutet propter accessionem; dum res maneat, quæ initio fuit, tota species quæ per accessionem esse cœpit, debebitur. Quod fit, cum areæ legatæ ædificium imponitur. Manet enim etiam tunc area, utpote maxima pars domus, & sine qua superficies non consistat. Ideo hoc casu totam domum deberi placet, id est, eum area & superficiem. *L. si areæ.* 39. *de leg.* 2. *L. servum.* 44. *§. si areæ. de leg.* 1. De qua specie etiam in quæstione de infirmandis legatis satis a me supra dictum est.

III. E converso non raro accidit, ut legatum minus fiat, quam verbis relictum est. Ubi & illud quærendum sit necessario, quando, & quatenus minuarur, ut sciri possit, quantum sit, quod relinquitur, quod deinde præstetur legatario. Accidit vero hæc imminutio aut ex numero eorum, quibus eadem res relicta est, aut ex quantitate legatorum eodem testamento relictorum. Nam re pluribus legata, cum singulis solida non legetur, quo plures erunt, quibus legatum est, eo minorem in re legata cuiusque portionem fieri necesse est. Unde & illud necesse est quæri, quantum inde singulis tribuatur. De quantitate item legatorum ita cautum est lege Falcidia, ne supra dodrantem hereditatis legare liceat. Inde & illud quæri oportet, num tantum legatum sit ut dodrantem hereditatis excedat; & si excedit, quatenus id factum sit, ut eatenus legata minuantur. Ac de re pluribus legata, quantum in ea singulis datum sit, videamus.

IV. In quo prima hæc quæstio est, utrum solidum singulis, an partes rei datæ sint. Et placet, si duobus (quod de duobus dico, etiam in multo pluribus intelligendum est) si duobus, inquam, res eadem legata sit, puta Titio, & Mævio fundus Cornelianus: si quidem coniunctim legata sit, citra controversiam singulis partes datas videri; ut quanvis forte unus partem petendo, non eam partem, sed rei æstimationem abstulerit, non ideo tamen alter possit totum fundum vindicare, sed solum partem; aut si vindicet, possit doli mali exceptione summoveri. *L. duobus.* 85. *D. de leg.* 1.

V. Idemque est, si unus rem vindicet totam, alter ex testamento personali actione agat. *L. si pluribus.* 33. *de leg.* 1.

VI. Quod si res pluribus legata sit separatim, veluti Titio fundum Tusculanum do lego: Mævio eundem fundum Tusculanum do; habet hæc species has dubitationes duas. Priorem quidem, videaturne hic duobus res legata esse, ut verba duos exprimunt: an potius ex sententia testatoris uni dumtaxat, puta posteriori, quasi quod huic postea separatim, & in solidum datum est, priori sit ademptum. Alteram, si duobus rem legatam esse placet, utrum legata videatur singulis solida, an vero singulis eius tantum partes datæ, quas concursu inter se faciant.

VII. Et si de voluntate testatoris aperta quæritur, nihil dubii esse debet, quin quod ille aperte in hanc, aut illam partem se velle ostenderit, id ratum habendum sit. Sic enim lex est duodecim tabularum, ut uti quisque legassit suæ rei, ita iubeat ius esse. *L. verbis. D. de verbor. significat.* Proinde quod ille primo dedit, non dubitabimus, quin secundo dando possit priori adimere; & si adimere voluerit, quin ita sit ademptum, ut solidum translatum sit in posteriorem. *d. L. si pluribus.* 33. *de leg.* 1. [2] *L.* 5. *D. de adi. leg.* Id autem sensisse videbitur, sive verbis expressit, sive ita dixit, quod Titio legavi, id Seio do lego; *d. L.* 5.

VIII. Ex contrario quoque si duobus eamdem rem testator ita legaverit, ut appareret, eum utrumque solidum accipere voluisse: non magis dubitabitur, quin & hic voluntas testatoris servanda sit. Non sane ut uterque rem in solidum habeat, quod fieri non potest: eiusdem enim rei duo in solidum domini esse non possunt: *L.* 5. *§. ultim. D. comm.* sed ut uni pretium, alteri res ipsa præstetur: electione rei vel pretii servanda ei, qui prius de legato litem contestatus fuerit, ita tamen, ut qui unum elegerit, non possit ad alterum redire. Hæc in [3] *d. L. si pluribus.* 33. *in fi. D. de leg.* 1.

IX. Sed hæc, inquam, in voluntate aperta testatoris dicta sunt. Quod si nihil amplius proponetur de voluntate testatoris,

2) Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. *n.* 24. accipit *d. L.* 5. quando expresse apparet voluntas adimendi. Alias enim creditur testator adimere nisi partem, quæ alteri applicatur per coniunctionem realem. Vid. & Duar. *Lib.* 1. *de I. accr. C.* 7. ubi quoque quid iuris quando summæ certæ duobus coniunctim vel separatim relictæ expedit.

3) Quam legem ceu a Triboniano corruptam impugnat A. Fab. 6. *Conіect.* 1. *p.* 250. *&* 50. *Err. Pragm.* 3. *p.* 1195.

ris, quam duobus res legata esse separatim, de quo nunc quæritur: placet, si omnes ad legatum veniant, nihil amplius singulis, quam partes viriles datas videri. *d. L. si pluribus*, 33. Et recte: non enim si quod uni legatum est, idem alteri legetur postea, ideo testator priori legatum ademisse videtur; cum nihil prohibeat duobus ita rem legare, ut ambo ad legatum veniant. Quod si venient: cum nihil proponatur legatum esse, nisi res una, non autem res, & eius æstimatio, in quibus sunt duo legata: res autem una in solidum duorum esse non possit: *d. L.* 5. §. *ultim. com.* necessitas eo rem deducit, ut hic legatum in partes inter legatarios scindi oporteat, quas concursu inter se faciant, ut veteres loquebantur. *L. coniunctim*, 80. *D. de leg.* 3. *L.* 3. *D. de usufru. acc.* Ita fit generalis definitio illa, quæ traditur de hoc genere in §. *si eadem. Inst. de leg.* si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim, sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, legatum inter eos scindi. In hac autem divisione, si partes adiectæ non sunt, placet, viriles, & æquas inter legatarios servari. *L. legata*. 19. §. *ult. L. servus*. 67. §. 1. *D. de leg.* 1. Dum tamen hic illud admoneamus, si ex his, qui ad eamdem rem vocantur, quibusdam legata sit coniunctim, seu una oratione; aliis disiunctim, idest, diversis orationibus: coniunctos in partibus faciendis unius personæ potestate fungi *L. plane*. 34. *in princ. de leg.* 1. Exempli caussa, tribus fundus Seianus legatus est ad hunc modum: Primo & Secundo fundum Seianum heres meus dato: eumdem fundum Tertio dato Tres isti ad legatum concurrunt. Quæ partes fient? Non tres pro numero personarum, sed duæ, quarum unam Primus & Secundus ferent, Tertius solus alteram. Quia ad hunc fundum vocati sunt, tertius a cæteris separatim; priores duo coniunctim; quos ideo pro una persona haberi oportet, hac ratione, ut est apud Iustinianum, quia coniuncti propter unitatem sermonis in unum quasi corpus redacti intelliguntur. *L. unica*. §. *sin vero quidam. C. de cad. tollend.*

X. Ergo re eadem duobus, pluribusve legata, tantum est singulis in legato, quantum diximus: partes scilicet dumtaxat, divisæ pro numero personarum; dum semper meminerimus coniunctis, & disiunctis ad eam rem permixtis, coniunctos unius personæ vice fungi. Sed hactenus sunt hæ partes, si omnes, quibus eadem res legata est, ad legatum veniant, id est, omnes legatum agnoscant, & velint ad se pertinere: quam conditionem hucusque posuimus. Quod si unus non veniat ad legatum, vel quia ab initio non fuerit in rerum natura, vel quia non constiterit in eius persona legatum, vel quia cum constitisset, aliquo modo defecerit, puta quod repudiaverit legatum, aut prius decesserit, quam dies legati cedisset; aut etiam, vivo eo, legati conditio defecerit: quæstionis est, an portio deficiens apud heredem manere debeat, an vero totum, quod legatum est, ad collegatarium pertineat. In qua specie varie scriptum a veteribus legimus, ut sunt eorum scripta, quæ in Pandectis relata sunt. Quibusdam in locis generaliter traditur, si unus ad legatum non veniat, totum ad collegatarium pertinere, sive separatim, sive coniunctim res legata sit. §. *si eadem. Inst. de leg. L. si duobus*. 16. §. *ult. L. plane*. 34. §. *si duobus. D. de leg.* 1. Alii sunt loci, in quibus contra diserte scriptum est, re duobus coniunctim legata, ita partes ab initio fieri inter legatarios, ut qui partem non capit, partem tamen faciat collegatariis, id est, sic in eo res habeatur, ut quasi is partem caperet, ita & pars vacet, nec pertineat ad collegatarios; atque ita fiat, ut hi solam partem habeant, quæ ab illis data est. *L. plane*. 34. §. *si coniunctim. L. huiusmodi*. 84. §. *si Titio. L. si duobus*. 16. *in princ. D. de leg.* 1. Quam hæc nulla distinctione conciliari possint, ut quidem in Pandectis scripta sunt, & ut est constitutio Iustiniani de differentia vetere legatorum sublata, disserui copiosius, & satis probabile mihi videor in commentario ad *Titulum de rebus dubiis, ad L.* 5. §. *ult. & leges sequentes. eod. Tit.* quem commentarium ut in titulo non solum ad hanc partem, sed & ad alias innumeras huius argumenti de legatis pertinentc; infra ad calcem huius libri adiecimus. Sed in huiusmodi aliqua distinctione reperienda non est hodie nobis laborandum. Ut enim maxime probabilis aliqua inventa esset, tamen ea non uteremur: quia omnis hic distinctio constitutione Iustiniani sublata est, & cautum generaliter de omni genere legatorum, tum de omnibus legatariis, ut quoties pluribus eadem res legata est, sive coniunctim, sive separatim; si unus ad legatum non perveniat, sive eo fiat, quia deficiat; sive ideo, quia legatum in persona eius ab initio non constiterit, ut legatum pro non scripto haberetur; semper placeat, totum ad collegatarium pertinere. Hoc Iustinianus in *L. unica*. §. *in primo. &* §. *ubi*

§. ubi autem. C. de cad. toll. Et hoc sequimur scilicet, repudiatis, vel potius sublatis iis locis, qui in contrariam sententiam exstant in Pandectis, quibus Iustiniani constitutio ex professo derogavit. *d. L. unica. §. in primo. & §. ult.* Quo constituto, quomodo satisfiat illi alteri constitutioni Iustiniani, qua negat in Pandectis ullum contrarium reperiri. *L. 2. §. contrarium. C. de vet. iur. enuc.* ostendi ad eamdem illam. *L. 5. §. ult. de reb. dub.* Ex quo loco pleniorem huius partis disputationem peti malo, quam huc otiose transcribi.

XI. Ergo illuc redeo, ut ne pluribus legata, quocumque modo legata sit, & quibuscumque legata, si unus ad legatum non veniat, quocumque modo id accidat, vel quia non sit in rerum natura, nec unquam fuerit, vel quia non constiterit legatum in eius persona, vel quia cum constitisset, aut repudiarit legatum, aut ad id pervenire non potuerit morte præventus, vel defectus conditione: per omnia statuamus, portionem deficientem, in quam alius substitutus datus non sit, non redire ad heredem, sed ad collegatarios pertinere. Omnibus autem recusantibus tum demum legatum apud eos remanere, a quibus derelictum est. *d. L. unica. §. ubi autem. C. de cad. toll.* Quo iure cum pars deficiens alteri parti quæ collegatario quæsita est, accrescat; ideo hoc ius dictum est ius accrescendi. *L. 1. in pr. §. interdum. §. pen. & ult. L. 3. tota. & pene toto tit. D. de usuf. acc.* Hinc de iure accrescendi quærendi occasio primum nata in legatis. Ex quo & illud intelligetur, quantum per hanc accessionem incipiat esse in legato eorum, quibus pars deficiens accrevit.

CAP. XXI.

De iure accrescendi in legatis.

Proponuntur quæstiones quinque. I.
Non esse ius accrescendi nisi inter coniunctos. II. VI.
Hi sunt, quibus eadem res ab eodem legata. III.
Inter eos, quibus res diversæ relictæ, quanvis verbis coniunctos, ius accrescendi non est. IV.
Item nec inter eos, quibus eadem res a diversis relicta. V.
An portio deficiens omnibus coniunctis accrescat, in eo duæ leges, & quæ sint. VII.
His solum accrescere, qui partem suam agnoverint. VIII.
Quid si horum alii aliis magis coniuncti. IX.
Si eadem res coniunctim legata: ut Titio, & Mævio fundus: volenti tantum accrescit. Sin separatim, ut sint re tantum coniuncti, etiam invito. X.
Ratio differentiæ. XI.
Singulis pro virilibus, & æquis partibus accrescit. Et coniuncti disiunctis permixti unius loco habentur. XII.
Coniunctis cum onere accrescit; sine onere separatis. XIII.
Item sine eo si in persona collegatarii, licet coniuncti, legatum omnino non constiterit. XV.
Legatarius quando deficere intelligatur. XIV.
Quæ iuri accrescendi, quod servatur inter heredes cum eo, quod servatur inter legatarios communia sint, quæ ab eo discrepantia. XVI.

I. DE hoc iure in legatis hæ sunt ordine quæstiones quinque. Prima, inter quos legatarios locum habeat. Secunda, quorum persona hoc ius admittit, an his pars deficiens accrescat omnibus. Tertia, quibus accrescit, utrum accrescat invitis, an solum volentibus. Quarta quatenus accrescat. Postrema, utrum cum onere, quod deficienti iniunctum erat, an sine onere. De quibus cum magna ex parte aliud servetur in legatis, quam in hereditatibus, de his quoque nunc separatim dicemus. Si quid erit in his commune cum eo iure accrescendi, quod in heredibus servatur, nos ad eum locum remittemus.

II. Et quod hic primum quæritur, in legatariis, similiter ut in heredibus non est ius accrescendi nisi inter coniunctos. *L. 1. §. 1. §. interdum. D. de usuf. acc.* unde nata quæstio de coniunctis, eorumque differentia, quem locum tractatum videmus in *§. triplici. D. de verb. sig. L. re coniuncti, 89. de leg. 3.*

III. Coniunctos hic vocamus, qui verbis testatoris in eandem rem vocati sunt; aut quod dictu planius est, quibus eadem res ab eodem testatore legata est *L. 1. in pr. L. 3. in pr. D. de usuf. acc.* IV.

IV. Quibus autem eadem res legata non est, quanvis coniuncti sint verbis testatoris, ut his una quidem oratione, sed res diversæ singulis legarentur, [1] non est inter eos ius accrescendi, veluti si ita legatum sit, Titio, & Mævio singulos servos do lego: aut Titio servum unum, & Mævio alterum do lego. *L. huiusmodi.* 84. §. *pen.* *D. de leg.* 1.

V. Sed etsi eadem res pluribus legata sit a diversis testatoribus, non sunt hi coniuncti, quibus legata est. Ex diversis testamentis, inquit Ulpianus, ius coniunctionis non contingit, eoque nec ius accrescendi. *L. si sub conditione. D. quib. mo. usufr. amit.*

VI. Ergo inter coniunctos, idest eos, quibus eadem res legata est, cum ius accrescendi esse dicimus, non aliud dicimus, quam quod aliis verbis traditum aliis locis supra diximus, si eadem res pluribus legata sit, uno ad legatum non veniente, totum ad collegatarios pertinere, dum scilicet portio deficiens his accedit, his accrescit, & acquiritur.

VII. Postquam habemus eos, quorum persona ius accrescendi admittit; proxima quæstio erit an portio deficiens his accrescat omnibus. In eo prima hæc lex est, ut nulli accrescat, nisi qui partem suam agnoverit. Altera, ut qui partes suas agnoverunt, non habeant alios collegatarios in eamdem rem magis coniunctos.

VIII. Primum coniunctos, & collegatarios, quibus quid accrescat, eosdem esse volumus, qui etiam partes suas agnoverint. His, qui non agnoverunt, [2] nihil potest accrescere. In hereditatibus quidem ius certum, itemque in bonorum possessionibus. *L. qui ex duabus.* §. 1. *D. de acq. her. L.* 3. & *LL. seqq. D. de bo. poss. L. si ex plurib. D. de suis & leg. her.* Sed valet idem & in legatis. *L. unica.* §. *ubi autem.* & §. *sin vero non omnes. C. de cad. tol.* Idque est, quod Papinianus scripsit, in iure accrescendi usumfructum, quidem personæ, in cæteris rebus legatis portionem portioni velut alluvionem accrescere. *L. si Titio.* 33. §. 1. *D. de usufr.* Est enim hæc sententia, portionem defectam iis accrescere, non qui simpliciter legatarii sint, sed apud quos etiam sit alia portio, cui defecta adiungatur. Ius inde natum, quod placet, neminem rei sibi legatæ partem habere posse, & partem repudiare. *L.* 4. *D. de leg.* 2.

IX. Sed & si qui sint, qui partes suas agnoverint, si qui inter eos magis sint coniuncti, placet, his potius portionem deficientem accrescere. Quid ergo, inter eos, quibus eadem res legata est, possunt alii aliis magis coniuncti esse? Sane, atque hinc etiam plus tributum his in iure accrescendi. Id ex generibus coniunctorum intelligitur, quorum ideo tractatio in hunc locum incurrit, ac de singulis in hoc iure accrescendi non idem servatur. Sunt ergo quidam re tantum coniuncti, quidam re & verbis, quidam verbis tantum, *L. triplici. D. de ver. sig. L. re coniuncti.* 89. *D. de leg.* 3. Hi qui sint, & quibus verbis omnis ista coniunctio contingat, quia nusquam uno in loco certo, & definite declaratur, ac ne in illis quidem, qui sunt de hac parte ex professo, ut *d. L. triplici. d. L. re coniuncti.* exposui pluribus in eo iure accrescendi, quod servatur inter plures heredes libri superioris Cap. XIII. ubi & in eam partem disserui fusius, ut verbis tantum coniunctos vere coniunctos esse, & in his quoque non aliter, quam inter re, & verbis coniunctos ius esse accrescendi, tum qui ex his, quibus præferrentur, & essent potiores ostenderem. Quæ omnia cum sint maxime cum legatis communia, de illis tum ita dixi, ut non ad heredes solum, sed & ad legatarios oratio conferretur. Quocirca eius partis explicationem, quæ huc pertineat, inde sumere oportebit. Tantum hic summam breviter colligam, quæ tenenda sit, cum quæritur, superioribus generibus coniunctorum in eadem re permistis, si unus ad legatum non veniat, qui in huius portione defecta quibus sint potiores. Est autem de eo hæc Pauli sententia in *d. L. re coniuncti. de leg.* uno scilicet ex his deficiente, qui re, & verbis coniunctus est, in huius portione præferri aliis omnibus collegatariis eum, qui cum deficiente re simul & verbis coniunctus fuit, ita ut ad eum solum hæc portio pertineat, soli ei accrescat tanquam magis

1) Portio accrescens debet fieri eiusdem naturæ cum portione primæva; vid. Gomez. 1. *Var. Res.* 10. *n.* 16. Sed si eadem res, & idem testator: nihil impedit diversas esse scripturas. Ut si Caio fundus Tusculanus testamento, idemque Mævio in codicillis legetur, arg. *L.* 2. §. 2. *de l. Codic. L.* 9. *in fi. de adim. leg. post.* Zas. *in L.* 34. §. 1. *de leg.* 1. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. Progr.* §. 21. *n.* 12. Sed & primæ, ac secundæ tabulæ hic pro uno testamento *L.* 34. §. 10. *de leg.* 1. Duar. *Lib.* 1. *de I. accresc.* C. 5.

2) Exceptio est in usufructu aliquibus casibus *L.* 10. *de usufr. accresc. L.* 14. §. 1. *de re iud.* quæ regulam confirmat; vid. Io. Suev. *Lib.* 1. *de Iur. accresc. C.* 4. Hinc Quæstio: An ius accrescendi ad emptorem legati transeat? Affirmat Gomea. 1. *Resol.* 10. *n.* 44. per dictam regulam; & quia nulla iura directa manent apud venditorem legati. Sed Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. Progr.* §. 21. *n.* 72. *& seqq.* licet communem hanc opinionem esse fateatur, ab ea tamen recedit, gravibus dicens impugnari fundamentis, quem vide & A. Fab. 50. *Error. Prag.* 6.

magis coninncto, & in unum quasi corpus propter unitatem sermonis redacto, ut est in *L. unica*. *§. sin vero quidam. illic, hoc ita tam varie. C. de cad. toll.* Deficiente autem eo, qui cum aliis re tantum coniunctus est, huius portionem omnibus reliquis collegatariis acquiri, nec in ea alium alio esse potiorem. Tantum ut meminerimus, inter reliquos si qui sint inter se coniuncti re & verbis, aut verbis tantum, eos in partis deficientis divisione, unius tantum personæ potestate fungi. *L. plane*. 34. *in pr. de leg.* Re & verbis coniunctis similes esse eos, qui verbis tantum coniuncti sint, nimirum ut, si quis unus ex his defecerit, huius portio non accrescat omnibus etiam, qui re tantum coniuncti sint, sed solus in ea sit potior is, qui item verbis coniunctus fuit. Cuius rei, & totius distinctionis quod sit exemplum, & quam recte hæc dicantur in singulis eius distinctionis partibus, ostendi in eodem illo loco superiore, idest, Lib. præcedentis Cap. XIV.

X. Iam tertium illud quale sit, videamus. Quibus collegatariis portio accrescit, utrum invitis accrescat, an solum volentibus. Et in hereditatibus qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium coheredum partes invitus accipit. *L. qui ex duabus*. *§. 1. D. de acq. her.* Non sic in legatis is, qui legatum pro parte agnovit; sed in eo hæc distinctio est, ut si quibus legata sit eadem res coniunctim, puta hoc modo: Titio, & Mævio fundum Tusculanum do lego: portio unius deficiens alteri accrescat volenti tantum, non etiam invito. Sin res legata sit separatim, ut dicat testator hoc modo: Titio fundum Tusculanum do lego, Mævio eundem fundum dari volo, ut sint duo coniuncti re tantum, verbis & orationibus diversis separati: hic contra eveniat, ut, qui suam partem agnovit, deficiente altero, etiam huius partem atque ita totum etiam invitus habeat. Distinctio tradita in *L. unica. C. de caduc. tollen.* prior quidem pars in *§. ubi autem*. posterior autem in *§. sin vero non omnes*.

XI. Differentiæ ratio est, quod cum res pluribus coniunctim legata est, singuli ab initio verbis ipsis testatoris partes habent. *L. plane*. 34. *§. si coniunctim. de leg.* Quo fit, ut, si unus deficiat, huius portio sic deferatur alteri, ut deferatur ei ex deficientis persona, non sua. Quod si ex deficientis persona, par est, ut cui defertur, etiam deficientis iure in ea uti possit. Fuit autem hoc, ut posset ille eam repudiare: quod & fecit. Quapropter & collegatario, cui defertur, idem licere debuit, dictante regula iuris, quæ efficit, qui in ius alterius succedit, eum iure eius uti debere. *L. qui in ius. D. de regul. iur.* Contra vero quibus res legata est disiunctim, horum singuli verbis etiam testatoris ab initio solidam rem sibi legatam habent, & habent ex sua ipsorum persona. Quæ res iam facit, ut, si quis ex his unam partem habere cœperit, etiam aliam vacantem habere [3] cogatur, quia nemo possit eiusdem rei sibi legatæ partem habere, & partem repudiare. *L. 4. D. de leg. 2.*

XII. Reliquum est, ut de divisione partis accrescentis inter plures collegatarios, & de onere eius videamus, quod quarto, & quinto loco in iure accrescendi quæri diximus. Et de partibus portionis deficientis ius hoc commune est inter eos, quibus coniunctim aut separatim legata est, ut quibuscumque accrescit portio deficiens, si hi plures sunt, accrescat singulis [4] pro virilibus, & æquis partibus: quemadmodum & ab initio omnibus si ad legatum concurrant, æquæ & viriles datæ sunt. *L. unica. §. ubi autem C. de cad. tol. L. legata*. 19. *§. ult. L. servus*. 67. *D. de leg.* 1. Tantum hæc semper cautio hic adhibenda est, ut si in his, quibus portio accrescit, coniuncti, & disiuncti permisti sint, coniuncti unius personæ loco habeantur, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex his, qui ab illis sunt oratione disiuncti. *L. plane*. 34. *in pr. de leg.* 1.

XIII. De onere parti accrescenti adiuncto aliud servatur inter eos, quibus coniunctim res legata est, aliud inter eos, quibus legata est separatim. Coniunctis accrescit cum suo onere: separatis sine onere acquiritur. Prius traditur in *L. unica. §. ubi. C. de cad. tol.* posterius in ea *L. §. sin vero nemo*. & *§. seq.* Ut

puta,

3) Qui re tantum coniungit, quemlibet ex sua ipsius persona totum habere principaliter vult, in consequentiam vero si alteruter non concurrat, partem. Io. Suev. *Lib.* 3. *de I. accresc.* C. 2. vid. & Duar. *Lib.* 2 *de I. accr. C.* 1. *in fin.* Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 42. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. Progr.* §. 22. *n.* 29.

4) Dissent. Duar. *Lib.* 2. *de I. accr.* C. 3. volens proportione legati cuiusvis accrescere & exemplo hereditatis *supr. Lib.* 7. C. 13. *N.* 19. & per *L.* 41. *pr. de leg.* 2. Sed virilem partem vocat diserte non tantum *d.* §. 11. sed & §. 8. *d. L. un.* C. *de cad. toll.* ubi discrimen legati ab hereditate ipsa verba clare innuunt. Et ratio differentiæ non mala, quæ ab ipso Duareno affertur: Heredes pro qua parte succedunt, defuncti personam repræsentant. Legatarii vero non in ius universum, sed in rem tantum succedunt. Nec igitur interpretatio Duareni probanda virilem partem exponentis partem viri cuiusque, etsi æqualis non sit ex *L. virilis* 145. *de V. S.*

puta, testator ita scripsit: Titio fundum Tusculanum, & Mævio eumdem, si heredi decem dederit, do lego. Si Mævius legatum repudiet, accrescet eius portio Titio: volenti quidem, ut ante diximus; sed tamen eadem conditione, ut prius decem heredi dare debeat. Quod si ita scriptum sit: Titius fundum Tusculanum do lego: Mævio eundem fundum do lego, si decem heredi dederit. Mævio repudiante, Titius solidum fundum, invitus quidem, ut & ante diximus, sed tamen sine onere habebit. Huius distinctionis eadem illa ratio est, qua paulo ante fieri diximus, ut portio deficiens ei, cui coniunctim legata est, volenti acquiratur; ei autem, cui legata est separatim, acquiratur invito. Nam si verbis coniunctus deficientem portionem ex persona deficientis accipit; ut accipere eum ostendimus: quemadmodum hæc res facit, ut in ius deficientis succedens iure eius uti possit ad repudiandum: ita hoc in contrarium valet, ut in ius eius succedens eodem iure uti debeat ad onus illi iniunctum subeundum. Id enim significat regula iuris, qua traditur, eum, qui in alterius locum succedit, eodem iure uti debere. *d. L. qui in ius. de reg. iur.* si quidem hoc est eodem iure uti, cum in commoda, & incommoda, seu onera succeditur. *§. ult. Inst. de loc. & cond.* Contra si is, cui separatim res legata est, habet eam ab initio solidam, & ex sua persona, ut habere eum verba legati aperte ostendunt: [5] non est æquum, ut ex persona deficientis onus aliquod subeat, qui ex persona eius nihil accipit. *d. L. unica. §. si vero nemo.* & seq. *C. de cad. tol.* Sed hæc distinctio locum habet in parte deficiente, de qua & locuti sumus.

XIV. Deficere autem intelligitur, quæ in persona alicuius utiliter ab initio legata est, ut legatum consisteret, deinde casu, aut voluntate legatarii factum est, ut is ad legatum non veniret. Sic enim fit, ut qui ad legatum rite vocabatur, & cui legatum ab initio procedere cœperat, is inter moras, & velut in medio cursu deficiat, & una quoque pars eius, quæ eodem modo procedens, post & ipsa similiter intercidit. Non dicitur autem legatarius deficere, si nunquam nec ab initio legatum in persona eius constitit, sed legatum pro non scripto est, eoque nec deficere dicenda est pars eius, quæ in eo nunquam initium habuit. Ac tale est, si quid relinquitur ei, qui in rebus humanis non est, aut ei, qui ex testamento capere non potuit. *L. 3. D. de his quæ pro non scrip. hab.*

XV. Ad hanc vero partem, quæ vacat non minus, quam si legatarius defecisset, & quæ non minus collegatariis accrescit, superior distinctio non pertinet. Nam ut maxime coniunctim legatum sit Titio, & Mævio qui decesserat, idque cum onere dandorum a Mævio decem: placet tamen, partem, quæ Mævii futura esset, si ad legatum pervenisset, Titio [6] sine ullo onere accrescere; quia non possit dici capi ex persona Mævii, in cuius persona nunquam constiterit. Hoc Iustinianus in *L. unica. §. in primo. C. de cad. tol.*

XVI. Ex his intelligi potest, quæ iuri accrescendi, quod servatur inter heredes, cum eo, quod servatur inter legatarios, communia sint, quæ ab eo discrepantia. Communia hæc, ut sit inter omnes ad eamdem hereditatem, & eamdem rem vocatos ius accrescendi. Ut deficientis, & non deficientis portio vacans accrescat iis, qui suas partes agnoverunt. Ut accrescat non semper omnibus; sed ita, ut si coniuncti, & disiuncti permisti sint, uno ex disiunctis deficiente, tum accrescat omnibus. Sin deficiat unus ex coniunctis, hic reliquis coniunctis accrescat solis, non etiam his, qui verbis separati, re tantum coniuncti sunt. Ut ita coniuncti in ea portione disiunctis sint potiores. Quæ omnia diligenter a me exposita cum sint in eo iure, quod locum habet inter heredes, non putavi faciendum, ut hoc loco supervacue inculcarentur ea, quæ inde peti possent, nec minus ad legatarios pertinerent. Postrema illa tria inter utrumque ius dissimilia: quod portio hereditatis deficiens accrescit coheredibus invitis: accrescit pro hereditariis eorum partibus, quæ partes non semper sunt æquales: accrescit semper cum onere. *L. unica. §. in his itaque. C. de cad. tol.* Quæ cum omnia

5) Ita & Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 43. quia re tantum coniunctus non ab alio consequitur per ius accrescendi, sed iure proprio per ius non decrescendi retinet totam rem postquam alius per concursum consequi noluit. Sed Ant. Fab. 50. *Error. Pragm.* 3. absurde, citra ac iuris rationem Iustinianum hoc discrimen invexisse, ac potiorem conditionem re tantum, quam mistim coniunctorum fecisse contendit, Imperatorem ipsum pluribus insectans. In quo refellendo, brevitatis studio nunc non immoror.

6) Et tunc gravamen non habet radicem, & fundamentum, cui insistat. Quando autem pars quasi caduca, vel caduca, gravamen, quod semel valuit in persona Primi ex post facto durat Gomez. *d. n.* 43. Ubi autem cum onere accrescit, tantum cum eo, quod in dando, vel si in faciendo, quod æque per alium impleri potest, cuius declaratio petenda ex *L. un. §. ne autem 9. C. de Cad. toll.*

omnia dissimiliter observarentur in inre accrescendi, quod est inter legatarios, ideo necesse habuimus de his hoc loco separatim dicere. Differentiæ rationes si quis requiret, poterit ex superiore illa tractatione, quæ nobis fuit de iure accrescendi inter heredes, non difficile cognoscere. Certius etiam, si cum tractatione huius loci conferet.

C A P. XXII.

Minui legata & tunc, cum supra dodrantem legatum est. Id effectum esse lege Falcidia. Eius legis occasio quæ: Eiusdem legis capita, & eorum brevis interpretatio.

L. Falcidia minuitur legatum ex quantitate legatorum, cum dodrantem excedunt. I.
Hæc lex tribunitia est, seu plebiscitum. II.
Eius ferendæ quæ nam causa. III.
Eiusdem quatuor capita, eorumque interpretatio. IV. seqq.

I. QUemadmodum minuitur legatum ex numero legatariorum, ut proinde re pluribus legata, quærendum sit, quantum in ea redeat ad singulos; ita minuitur, ut proposuimus, & ex legatorum quantitate. Ut hic quoque de quantitate legati cuiusque quærendum sit, quantum ob eam caussam detrabatur, quantum in eo relinquatur. Id fit, cum legata testamento relicta dodrantem hereditatis excedunt. Quod quia effectum est lege Falcidia; ideo de hac parte ex ea lege eiusque sententia constituemus. Id ut fiat commodius, initio & legis ferendæ occasionem, & legis verba, addita brevi interpretatione proponemus.

II. Legem Falcidiam a Caio Falcidio tribuno plebis latam fuisse Augusti [1] temporibus, inter omnes iam convenit auctore Dione [2] in Augusto, & Eusebio in Chronicis, cuius etiam rei mentio est apud Gratiannm ex Isidoro in *C. quædam. II. dist.* Itaque lex Falcidia [3] plebiscitum est, quæ ita lex dicitur, ut lex Aquilia, quæ & ipsa est plebiscitum. *L. 1. D. ad leg. Aquil.* Utraque scilicet lex tribunicia. Sic enim & plebiscita dici cœperunt, posteaquam lege Hortensia lata effectum est, ut non minus populus plebiscitis, quam legibus a Consule latis teneretur: idest, ut nominibus ista inter se differrent, vis & potestas esset eadem, ut Pomponius scribit in *L. 2. de orig. iur.* Lege autem Falcidia modus legatis impositus est, ait Iustinianus *Tit. Inst. de leg. Falc. in pr.* utpote quia ita cautum est, ne supra dodrantem hereditatis legare liceret, dum hoc scilicet cavet, ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento caperent.

III. Caussa & ratio ferendæ legis hæc fuit, quæ a Iustiniano brevius indicata sub eod Tit. de lege Falcidia, paulo pluribus exponenda est. Nam cum lex duodecim tabularum hæc esset: *uti quisque legassit suæ rei, ita ius esto*, qua lege liceret testatoribus vel totum patrimonium legatis erogare nihil ut apud heredem maneret præter onus, & molestiam æris alieni: necesse erat, cum hac licentia testatores usi essent, suprema eorum iudicia destitui, [4] recusantibus scriptis heredibus nullo suo, aut quam minimo lucro hereditatem adire: idest, maximis interdum, nec necessariis oneribus implicari. Quod cum non ipsis solum testatoribus inutile esset, sed etiam publice omnium interesset supremas testantium voluntates exitum habere: visum est, ex usu esse reipublicæ ad eas retinendas, heredes ad hereditatem

1) Ita & Govean. *in Præfat. ad h. tit. n. 1. & 2.* Vult. *in pr. l. h. t. & in §. 4. l. de l. N. G. & Civ. n. 2.* Hæc enim generalior est legis significatio, ut in *L. 1. §. 1. Unde cogn.* vid. Briss. *in Lexico verbo Lex.* Mattæac. *Lib. 2. de Via Iur. C. 22. n. 2.*

2) Anno A. V. C. 714. vid. Wakh. 2. *Miscel.* 16. Duaren. 2. *Disp.* 10. P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 3. Ab auctore itaque nomen habet. Accurs. *in L. 1. h. t.* putat, sic dici a falce, quod defalcet, & amputet legata, sicuti falx, vites, ac segetes, Azo *in summa C. h. t n. 1.* Harmenop. *Lib. 5. Promptuarii Tit. 9. §. 1.* Falso quidem, sed si ad allusionem vocis respiciamus non inepte, Maret. *Tr. Quartarum C. 1. n. 17.*

3) *Lib. 48. pag. mihi* 378. qui tamen in referenda legis sententia fallitur, dum putat, quadrante accepto, potuisse heredem reliquum dimittere. Unde arguitur ab Alciat. 5. *Parerg.* 24. Balduino *ad Rub. l. h. t. n.* 4. & Chiflet. *de Port. Legit. C. ultim.* Sane familiare est aliis auctoribus, ut sæpe labantur in referendis iis, quæ ad ius pertinent. Sicut & Euseb. in L. Falc. sententia erravit. Vid. Aymar. Rivall. *Lib. 2. Hist. Iur. Civil. sub finem.*

4) Nullius igitur magis interfuit, quam testatoris, & ipsorum legatariorum, libertatem legandi coarctari. Et consulitur L. Falcid. tam heredibus, quam legatariis, & ipsi testamento, Balduin. *de L. Falcidia*: vid. P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 27. & 2. *seqq.*

tem adeundam iusto aliquo lucro invitari. Quod ita fieri posse visum est, si legatis modus iniiceretur, ut cum non omne patrimonium exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod heredi relinqueretur. Ea res duabus legibus Furia primum, deinde Voconia tentata, nec tamen perfecta est. Lege Furia cavebatur, ne plus quam mille assium legatum, mortisve caussa capere liceret: Quod si quis maiorem summam sibi relictam accepisset, tunc quanto amplius, quam per legem liceret, cœpisset, uti eius quadruplum redderet. Auctor Theophilus in *Inst. eodem titulo*. Auctor Ulpianus in fragmentis *Inst. tit.* 1. Atqui potuit, qui quinque millia in bonis habebat, quinque legatariis milleuos relinquere, ut in legem non incideret, nec tamen ista modo quidquam lucri heredi relinqueretur. Ergo cum hac ratione fieret, ut nihil heres, totum legatarii haberent: visum est, huic incommodo ita occurri posse, si hoc præterea constitueretur, ne plus legatarius haberet, quam heres. Sic enim fore, ut cum pluribus intra mille asses testator legavisset, tamen quidquid id esset, tantumdem saltem heredi relinquere cogeretur. In quam sententiam deinde lex [5] Voconia lata est, ut idem Theophilus scribit. Sed ne hoc quidem ad id, quod volumus, obtinendum satis. Quid enim, si ut Theophilus recte explicat, cum testator centum solidos in bonis haberet, nonaginta novem legatariis singulos solidos relinqueret? Hic quidem legi satisfactum est, quod heredi unus solidus tribuatur, idest tantum, quantum cuivis e legatariis. Nemo tamen ob unum solidum totius hereditatis onera temere susceperit. Quare cum [6] neutra lex id assequeretur, cuius caussa maxime inventæ, & constitutæ erant, ut heredibus tantum relinqueretur, quantum ad eos ad hereditatem capessendam invitandos satis esset: ad extremum lex Falcidia lata est, qua huic rei diligenter, & recte prospectum est. Cœpit enim ex ea deinceps intelligi, quantum esset, quod heredibus relinqui oporteret, quod in omni hereditate sufficeret ad id, ut hereditatem agnoscere non recusaremus. Constitutum est namque, ut dixi, ne plus legare liceret, quam dodrantem bonorum. Quod facere lex intelligitur, dum iubet ita legari, ne sive unus heres institutus sit, sive plures, apud eum, eosve minus, quam quarta pars hereditatis remaneat.

IV. Eius legis [7] quatuor fuisse capita doctissimis viris placuisse video. Nec sane res subtili collectione indiget, si quis id ostendere velit. Tria in Pandectis sub hoc titulo exstant in L. 1. Quartum desideratur, de quo postea. Tria illa, quæ leguntur in L. 1. ita restituta sunt a Duareno *Lib.* 1. *Disputat. Cap.* 58. ut sive ex ingenio restituerit, & suo marte, sive ab Æmaro Ranconeto acceptum nobis tradiderit, ut ipse de se profitetur: restitutionem doctis viris dignam esse appareat, nec minus nobis retinendam. Qua & nunc utemur, adiecta brevi interpretatione, quæ cuiusque capitis occasionem, & scopum indicet.

V. Primo capite lex liberam legandi facultatem dedit, his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet*, [8] *quam pecuniam, quasque res, quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti liceat*. Hoc ita initio caveri ad [9] abrogandas superiores leges necesse fuit. Quanquam enim satis iam ante libera hæc potestas legandi lege duodecim tabularum fuit: tamen ea postea lege Furia, & Voconia imminuta erat, cum altera lege supra mille aureos legare non liceret: altera hac non amplius, quam quantum heredi relinqueretur. Ea igitur potestas hac lege restituitur; sed ad modum, modus sequenti capite subiicitur. Hoc enim est, quod in extremo huius capitis dicitur, ius potestasque esto, ut hac sequenti lege liceat. Ubi apparet, legem dici quodvis caput legis certi aliquid de re aliqua constituens. Sic quodvis edicti caput, recte edictum dicimus. Quam appel-

5) Quæ eadem & liberalitatem testatorum in mulieres cohibuit, de quo vid. *nos. supr. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 15.

6) Govean. *in Præfat. ad h. tit. n.* 13. *& seq.* Vult, *in princ. I. h. t. n.* 3. Matthææ. *Lib.* 2. *de Via Iur. C.* 22. *n.* 2. *&* 3.

7) Duaren. *ad h. t. D. C.* 8. putat, plura fuisse capita per *L.* 81. §. *ult. h. t.* Sed quæ ibi, refert noster *infra* ad 4. *Caput*.

8) Ita & Balduin. *de L. Falcid. pag.* 34. vulgo legitur, *ut eam pecuniam, easque res*, Duar. *d. C.* 58. errorem inde ortum, quod olim confundi solitæ Q. & C. Sic enim reperimus *relicum*, *loci*, *coad*, pro *reliquum &c.* (Cuius etiam commutationis plura exempla adfert Ræv. Forner. 1. *Rer. quotid.* 30.) Cum autem nullus sensus esset verborum *eam* & *eas*, factum, ut reponerentur *eam* & *eas*. Cuiac. *in Par. C. h. t.* legit *suam pecuniam, susque res*, pro *suam*, & *suas*, ἀρχαϊκῶς. Male, cum & alienæ res ac quidem a sciente legari possint. Sane leviusculæ hæ emendationes, quæ sententiam loci non pervertunt, nec ex ea quid immutant, alias æquanimius ferri possunt. Vulgari tamen lectioni sensus constare poterit, si per elipsin subaudiamus verba, *qua de agitur*, vel *qua de testari vult*, *&c.* Sicuti & in formula interdicti quæ prodigo fit 3. *Sent.* Pauli 4. §. 8. tibi *ea re* interdico.

9) Duar. 1. *Disp.* 10. Et sic accipiendum quod in *d. L.* 1. *pr.* dicitur. Lex Falcidia liberam legandi facultatem *dedit*. Non significatur quod datam leg. 12. tabb. confirmaverit, sed quod eam, cui plurimum per LL. Furiam, & Voconiam derogatum, integram restituit. Duaren. *h. t. C.* 1.

pellationem eum in nostris Interpretibus irrideat Valla tanquam ineptam, & absurdam, dum singula legislationis Iustiniani capita leges vocant; quam recte id faciat, ex hoc loco intelligi potest. Hoc ille Lib. IV. *Elegau. Cap. XLVIII.*

VI. Secundo igitur capite, & eo sequenti lex potestatem liberam legandi, quam prius posuerat, temperat, & simul legatorum modum constituit, his verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto: dum ita detur*, [10] *legetur, ne minus quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant*. Quod ait lex, quantam pecuniam iure publico dare legare volet; hoc significat, quantam pecuniam legare volet, uti per leges, & ius commune legare licebit. Quod civi Romano permittit testamentum facere; quod concedit legari civi Romano, idque iure publico, temperamentum illud est, quod dixi, quo significat, ita se liberam legandi potestatem superiori capite dedisse, ut tamen velit in eo formam testandi iure publico constitutam servari. Secundum quam neque omnes testamentum facere possunt, sed solum cives Romani; neque omnibus legari potest, sed solum civibus Romanis: neque his ipsis legari res omnes, neque quovis modo, neque ubivis, neque quibuslibet adhibitis solemnibus legare licet. De quo satis dictum est a nobis supra suo loco. Ius autem publicum veteres dixerunt, non tantum ius ad statum rei Romanæ pertinens, ut in divisione iuris publici, & privati. *L.* 1. *D. de iustit. & iur.* Sed etiam ut significarent ius commune etiamsi esset privatum; quia & id non ad certas personas, sed in commune ad omnes pertinet. Terentius in Phormione, *An ne id quidem adipiscar ego, quod ius publicum est?* sic accipitur in *L.* 2. *C. ne uxor pro mar. L.* 1. *C. si ad fisc.*

VII. Tertium caput est in hæc verba: *Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine frande sua capere liceto: Isque heres, qui eam pecuniam dare iussus, damnatusve erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est:* Quid est hoc sine fraude sua? Potestne qui legatum ab herede capit, cum id hac lege, id est iure optimo faciat, aliter quam sine dolo malo suo capere? Tum autem quid omnino hoc capite opus fuit? Recte hoc a Francisco Duareno [11] intellectum est, idque ipsum quid hac lege agatur intuenti est in promptu; & primum illud caput, quod est de potestate legandi, & hoc tertium ad superiores illas leges, quas dixi, referri debere. Cum ergo lex Furia testamentaria supra mille asses legare prohiberet: si quis plus cepisset, adversus eum quadrupli pœnam constitueret: sicut illud iam ante lex Falcidia sustulit, quod vetabatur testator supra eam quantitatem legare; ita hoc capite eum amplius legatum erit, vult ita legatario id capere licere, ut id sine fraude sua faciat. Sine fraude, id est, *sine ullo periculo, pœnave sua*, quæ superioribus legibus irrogabatur. Id enim fraus significat in legibus, non tantum *delictum* sed etiam *pœnam* & *animadversionem*, quæ semper delicto comes est adiuncta. Ut qui neget aliquem extra fraudem esse, hunc quoque a pœna immunem dicat; & contra qui pœnæ neget obnoxium, hunc significet nihil deliquisse. Ex quo, ut dixi, factum est, ut id sine fraude nostra facere diceremur, in quo eum nullum nostrum delictum esset, nullum etiam periculum, nullam pœnam aut ignominiæ, aut corporis, aut pecuniæ metuere deberemus. Livius *Lib.* 1. ab urbe condita: *Fæcialis ex arce graminis herbam puram attulit, postea regem ita rogavit: Rex, facisne metu regium nuntium populi Romani Quiritium? Vasa comitesque meos? Rex respondit, quod sine fraude mea, populique Romani Quiritium fiat, facio.* Id est, quod sine periculo, & dedecore meo, populive Romani fiat. Eodem referri debent illa verba eiusdem capitis tertii, quæ sequuntur: *Isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.* Quod enim lege Voconia cautum erat, ne amplius legatarius caperet, quam heres, eam vim habebat, ut si quid amplius legatum esset, ne heres dare cogeretur. Nunc autem his verbis iubetur dare: ut hoc plusquam manifestum sit, etiam hanc partem ad superiores leges abrogandas pertinere.

10) Ita & Cuiac. *in Par. C. h. t.* vulgo legitur, *detur legatum*, eadem sententia.

11) 1. *Disput.* 10. *& h. t. C.* 7. Govean. *in L. pr. h. t. n.* 18. & Forner. *ad L.* 131. *pr. de V. St.* quia fraus sæpius pro pœna *L.* 25. ad *L. Iul. de Adult. L.* 23. §. 2. *de adil. ed.* Paulus *Lib. sing. de Adult. in tit.* 4. *collat. LL. Mosaic.* ubi Pithœus *in not.* refert ex Servio in 11. *Æn.* Fraudem veteres pœnam vocasse, ab eo, quod præcedit, id quod sequitur, & Gœd. *in d. L.* 131. *n.* 4. propter arctissimam caussæ, effectusque copulationem per metonymiam fraudem hic significare pœnam.

VIII. Quartum caput desiderari diximus. Necesse vero fuit in hanc rem subiectum esse, ut si supra dodrantem hereditatis legatum esset, quid iuris esset de obtinenda illa quarta hereditatis, constitueretur. Visum est igitur Enguinario Baroni, quod & mihi videtur, compositam fuisse in hanc sententiam, quæ sequitur. Ille enim suo arbitratu concepit: ego hoc modo non incommode restitui posse arbitror, ut sit: [12] ***Si quis adversus ea, quæ suprascripta sunt, supra dodrantem eorum bonorum dederit, legaverit, quæ bona, cum moreretur, ære alieno, funeris impensa, pretiis servorum manumissorum ante deductis habuit: quod amplius erit de singulis rebus, quæ datæ legatæ erunt, retinere heredi liceto: præterquam si dos mulieris, aut res illius caussa paratæ ipsi legatæ fuerint.*** Et vero in quantitate patrimonii exquirenda, scribit Caius, iussum esse, aut ut in Pandectis Florentinis legitur, visum esse tempus mortis spectari. *L. in quantitate. 73. in princ. D. ad leg. Falcid.* A quo iussum? Nempe a lege. Cui visum? Nempe legi. De quarta autem de singulis rebus deducenda, idem his verbis scribit: si legata excesserint dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure imminuuntur. *d. L. in quantitate. 73. §. ult. eod.* Quod superest, idem aperte de dote, aliisque rebus uxoris caussa paratis, testatur, ut hæ extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum fuisse. *L. sed ususfructus. in fin. eod.* Illud haud scio, an lege expressum sit, an satis ex sententia legis per interpretationem accipiatur, quod traditum est, ante omnia cum de patrimonii quantitate agitur, deducendum æs alienum, funeris impensam, & pretia servorum manumissorum. Tunc demum in reliquo ita rationem habendam, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat. *§. ult. Inst. eod. tit.* Hoc quidem probabile est, nominatim lege cautum. Neque enim per interpretationem facile efficeretur, si tantum illud dictum esset, ne supra dodrantem hereditatis legaretur. *Hereditatis* enim verbum commoda, & incommoda continet, ut non videatur supra dodrantem legatum, si quadrans omnium rerum, quæ mortis tempore fuerunt, apud heredem remaneat, tametsi æs alienum ex alia parte immineat, quod de isto quadrante debeat solvere heres institutus. Et tamen non ignoro etiam ex sententia legis deductionem istam æris alieni, & cæterarum rerum non male accipi posse. Legis enim mens, & sententia hæc est, ut quemadmodum legatarios iubet dodrantem capere, ita velit heredem quartam partem hereditatis habere, quæ apud illum maneat. Id quod nequaquam fiet, si ea deinde ære alieno absumetur. Ut proinde intelligi debeat, sic heredes quartam partem hereditatis ex lege capere debere, ut nihil inde decedat. Quod si fit, nimirum illa ante deducenda erunt, quæ diximus. Utcumque est: cum de huius legis sententia ista ante omnia deducenda sint, nihil oberit sic exprimi, ut statim etiam, nec longius petita collectione intelligantur. Nunc de legis sententia videamus.

CAP.

12) Duaren. 1. Disp. 58. hoc 4. *Caput* ita cum Ranconeto concipit: *Si quis aliter quam hac lege liceat, pecuniam dederit, legaverit, heredi quartam partem eius pecuniæ, quæ data, legata erit, ex eo testamento retinere liceto.* Idem *hoc tit. Cap.* 8. hoc quartum Caput fuisse de retentione probat *ex Caio 2. Inst. tit. 6. §. 1. in fin. & L. un. C. Quor. leg.* Retentionem enim habet heres, quæ utilior ipsi est actione, tametsi si per errorem tradiderit, etiam actione repetat *L. 1. §. 11. L. 26. h. t.*

CAP. XXIII.

Ad quos heredes beneficium legis Falcidiæ in quarta deducenda pertineat; seu quos heredes velit lex quartam hereditatis ex testamento capere. Et de illa regula vetere; In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari.

Ad sententiam Legis Falcidiæ tria examinanda, & quæ sint. I.
Ea vetat ita dari legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. II.
Uno herede quomodocunque instituto, si quartam totius hereditatis habeat solutis legatis, ea contentus esse debet. III.
Pluribus institutis, in singulis ratio legis Falcidiæ ponenda. IV.
Ex duobus institutis altero deficiente, si exhausta pars eius, qui adiit, debet is alterius accessione, per quam quartam consequatur, esse contentus, & legata a se relicta integra præstare. Sin pars, quæ accessit, quo vis iure accesserit, exhausta: eius autem, cui accrevit, pars integra quo ad quartam, perinde poni debet ratio Falcidiæ ac si ad eum pertineret, qui defecit. V. VI.
Huius distinctionis prior pars ita obtinet, si heres non extiterit is, cui portio non onerata delata, quæ deinde onerata accessit. VIII.
Posterior ita, nisi coheres, cuius pars exhausta, vivo testatore decesserit. VII.
Universæ vero distinctionis locus est in legatis eodem testamento relictis, non in his, quæ primis tabulis ab impubere, & secundis ab eius substituto relicta. IX.
Cur hic placeat & partes hereditatis, & legata in unum contribui, cum hic quoque duo sint heredes. X.
Quo modo quæ a substituto, & secundis tabulis relicta sint, possint videri relicta ab herede, & primis tabulis. XI.
Utrumque explicatur. XII. XIII.
Spectari hic æque ut in institutis mortis tempus. XIV.

I. ET cum lex vetet supra dodrantem legari, ne minus quam partem hereditatis heredes ex eo testamento capiant, cum præterea si contra factum sit, pœnam statuat: apparet, tria esse in summa, quæ de hac lege quæri oporteat, in quibus eius sententia versatur. Primum, quale sit illud, quod lex vetat, & ad quos heredes pertineat. Secundum, quando adversus id factum videatur, ut fiat legi locus. Tertium, si factum erit, quæ sit legis pœna.

II. Quod lex vetat, tale est. Vetat ita dari legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant. Nempe hoc est: ad dodrantem usque bonorum lex legare permittit: ultra dodrantem vetat. Sic enim fit, ut heredes non minus, quam quartam partem hereditatis habeant, si legata dodrantem non excesserint.

III. Et uno tantum herede instituto, res expedita est. Is si quartam partem totius hereditatis integram habet solutis legatis, legi satisfactum est, eaque quarta contentus esse debet. Nec intererit, utrum semel ex tota hereditate fuerit institutus, an vero ex pluribus partibus, ex una forte pure, ex alia sub conditione, & quædam legatis oneratæ sint, aliæ non sint. *L. in ratione*, 11. §. *quæsitum. ill. lic*, & aliam esse caussam, *L.* 1. §. *id quod. ad leg. Falc.* unus est enim semper heres, cui non deferuntur plures partes separatim, sed coniunctim una hereditas, cuius unam partem acquirere non potest, quin reliquæ continuo ipso iure accedant. *L. cum heres*, 52. §. 1. *D. de acq. her.*

IV. Hoc quæritur, an, pluribus heredibus institutis, sufficiat legata non excedere dodrantem totius hereditatis, ut sic solida præstari debeant, quasi legi satisfactum sit; an vero oporteat, hic singulorum heredum partes spectare, & id præstare, ne testator a quoquam ex heredibus leget ultra dodrantem portionis eius, ut si contra factum sit, possint singuli portionis suæ quartam partem solidam capere. Et hoc placuit. Idque est, quod veteres definierunt, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse. Ut, si fingas, Titio, & Seio heredibus institutis, totum femissem hereditatis Titii legatis exhaustum esse, sed a Sejo aut nihil legatum, aut si quid, tamen non ita, quin quarta pars totius hereditatis apud

eum

eum salva maneat; placet tamen, Titium beneficio legis uti posse, ut & ipse quartam partem portionis suæ hereditariæ possit retinere. *L. in singulis, 77. D. ad leg. Falcid.* §. 1. *Inst. eod.* Et vero id verba legis efficiunt. Non enim lex de uno aliquo herede cavet, sed de heredibus; nec iubet simpliciter, ut quarta hereditatis salva maneat, sed nominatim ut heredes quartam hereditatis capiant, ut appareat in hac quarta retinenda legi propositum esse, non uni alicui heredi consulere, sed ex æquo omnibus. Quod non aliter fit, quam si singuli hereditatis sibi delatæ, partem quartam habeant.

V. Et hæc ita sunt omnino, si ambo isti heredes exsistant, uti dici possit unius partem oneratam esse, alteram non esse. At quid, si ex duobus his alter deficiat, alter deficientem partem nactus totam iam hereditatem solus habere incipiat? An quia totius hereditatis quartam habet ex ea parte, quæ onerata non fuit, ideo hac quarta debet esse contentus ex lege Falcidia: an vero æque nunc ex parte onerata detrahi quarta potest, atque tunc potuit, eum is qui defecit, heres exstitisset? Cur enim quæ legata ex singulorum persona præstantur, in his etiam ratio legis Falcidiæ ex cuiusque persona non habeatur? [1] Distinguitur, ut si quidem eius pars exhausta sit, qui heres exstitit, ipse auctus alterius partis accessione, quæ quartam totius hereditatis attulit, debeat hac quarta esse contentus, & legata integra præstare: ut iam recte illo modo dicantur legatarii per deficientem hanc partem adiuvari, quibus nimirum integra legata iam præstantur, quæ integra non præstarentur, si coheres, qui ad eam partem vocabatur, heres exstitisset. Sin pars, quæ accessit, fuerit exhausta, cum eius, cui accrevit, pars esset integra, aut quartam saltem totius hereditatis tribueret: tum perinde in deficiente poni debeat ratio legis Falcidiæ, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta est. Distinctio est pæne totidem verbis tradita a Caio in *L. quod si alterutro. 78. D. ad leg. Falc.* exstat & apud Iulianum licet obscurius in *L. qui fundum. 87. §. qui filium. D. eod.* posteriorem partem confirmat *L. 1. §. si coheredis. eod.* Cuius distinctionis ratio non immerito quæritur. Cum enim unus & idem heres hereditatem totam habeat, idemque totius hereditatis quartam partem, quod solum verba legis Falcidiæ exigere videntur: cur ex sua portione exhausta quartam partem non retinet, tantum ob id, quod eam quartam ex aliena parte integra accedente habere incipit: ex aliena autem exhausta retinet, qui non nunc primum eam quartam ex sua portione habere incipiat, sed iam a principio habuerit? Differentiæ ratio est, quod qui suam partem exhaustam, aut alioqui oneratam habet, sicut ex sua persona legata præstat, ita & sat habet, si ex sua persona quartam consequatur. Atqui eam ita consequitur, eum pars integra, certe quæ quartam partem debitam tribueret, ei accrevit. Hæc enim pars ita iure accrescendi ad eum pertinet, [2] ut tacita quadam substitutione testatoris ei deferri intelligatur.

[1]) Distinctio vulgata est non onerata parte accedente oneratæ, augeri legata. Onerata autem accedente non oneratæ, non augeri: vid. Duar. *h. t.* C. 8. Cuiac. 4. *Obs.* 35. Quoad posteriorem tamen partem contentio fuit inter Cassium, & Proculum, *d. L.* 1. §. 14. *h. t.* Ex Cassii sententia confundendæ portiones ut augeantur legata, ac integra præstentur, modo ex universa hereditate quadrans haberi posset. Ex Proculi opinione separandæ, ut nihilo plus præstet cui accessit, quam præstiturus is, a quo relicta, si suam partem, legatis gravatam, agnovisset. Et Proculo adsensit Iulianus, Cassianorum cæteroquin peritissimus *d.* §. 14. Obiic. At *ibid.* Antoninus indicasse dicitur portiones commiscendas esse. Cuiac. *d.* C. 35. firmissime adseverat, negationem deesse, legendumque *non commiscendas*. Idem tamen 15. *Obs.* 14. aut deesse negationem, aut Paulum decretum Antonini non probare. Quod posterius videtur & Duar. *h. t.* C. 8. *&* A. Fabro 4. *Coniect.* 13. *p.* 178. Denique Cuiac. 25. *Obs.* 23. putat, Paulum Cassii sententiam, quæ ipsa ab Antonino confirmata fuerit, probare, ac pro *Proculo*, reponit *Cassio*, quod nimirum Iulianus Cassio ad senserit. Atque ita Cuiacius ter in hac quæstione variat. Govean. *in d. L.* 1. § 14. difficultatem non attingit, quam & Donellus noster hic præterit. Potius quam ut Antonini sententiam nude referri dicam, credamve, JC. Paulum ausum e duobus opinionibus, quæ hinc inde probabiliter arbitrari possunt, alteram rescripto Principis expresso approbatam alteri postponere, potius quam lectionem affirmantem in negantem commutem, dicam Antonini rescriptum intelligi debere de specie non eadem, sed diversa, quando scilicet portio non onerata accessit oneratæ. Nam utitur JC. non vocula sola adversativa, *sed* quæ argueret contrariam decisionem Imperatoris, verum *sed &*, quæ & voculæ coniungunt species diversas. Vel poterit accipi quando utraque pars onerata, & supra dodrantem exhausta. Cæterum alias huius distinctionis difficultates accurate videtur expedisse noster, ut via possit melius, mea sententia. Quare in referendis aliorum diversis opinionibus hic mihi tempero, quas, qui hanc explicationem nostri menti probe infixerit, falsas esse eatenus facile deprehendet, quatenus ab hac alienæ. Iuvat tamen exemplo eam declarare. Pone: Caius, & Seius heredes instituti ex semissibus cum in bonis testatoris essent 800. A Caio legata sunt 400. vel 350. & ita portio eius vel onerata supra dodrantem, vel plane exhausta. A Seio nulla legata vel infra dodrantem relicta. Seio deficiente, Caius, propter obventionem partis sui coheredis, præstat solida legata, quæ si coheres concurrisset, imminuta præstiturus? Atque ita commodo legatariorum cedit illa accessio. Contra si Seius portionem suam agnoscat, ac Caii repudiantis, aliave ex caussa non exsistentis (præterquam si vivo testatore defecerit) pars ei accedat, nihil id proficit legatariis, sed æque ea imminuit Seius, tantumque iis detrahit, quantum ipse Caius, si exstaret heres; tametsi ita eveniat, ut qui unus heres est sine socio, longe tamen plus quadrante hereditatis consequatur, &c.

[2]) Goveano *in d. L.* 1. §. 14. hæc ratio videtur, quia, repudiante coherede, videtur alter agnoscens ab initio ex parte utraque institutus, idque potestate iuris, non patientis ea parte aliquis ut sit testatus. Ant. Fab. 4. *Coniect.* 13. videri hoc casu exsistere ex parte coheredis institutum sub conditione si is repudiaverit. arg. *L.* 35. *de acq. her.* Quod in effectu cum ratione nostra conveait. Dices. Huic ratio-

tur. *L. si Titio.* 61. §. 1. *D. de leg.* 2. Quocirca hanc portionem nactus, habet, quod voluit, & quod ex lege habere debuit. Contra vero qui portionem suam integram habet, ei si accrescat pars onerata, ut iam legatis eius partis obligetur: apparet, eum legata præstare ex persona coheredis, non sua. Quæ res facit, ut ex eius quoque persona iure quartam desideret, quam &, ut ille, consequi debeat. Æquissimum est enim, ut qui onera legatorum ex persona coheredis agnoscit, etiam beneficio eius in his præstandis utatur, ne deteriore sit conditione, quam is, in cuius locum, & onus succedit. Quod duæ regulæ iuris ex hoc fonte æquitatis ductæ suadent. Una est hæc: secundum naturam esse, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum. D. de reg. iur.* Altera hæc: qui in ius alterius succedit, eum eodem iure uti debere. *L. qui in ius. D. eod.* Et vero hanc ipsam rationem reddidit Iulianus in *L. qui fundum.* 87. §. *qui filium, illic,* si vero. *D. ad leg. Falc.* cum ait, si pupillus, puta, heres exstiterit, & eius portio legatis onerata ad coheredem ei datum ex substitutione pervenerit, coheredem hunc non ampliora legata debere, quam quibus pupillus obligatus fuerat; idque hac ratione, quia non suo nomine obligetur hic coheres, sed defuncti pupilli. Nec aliud sensit Paulus in *L.* 1. §. *id quod D. eod.* cum ea legata, quæ a coherede deficiente relicta sunt, ita demum per partem eius, qui heres exstitit, quæ pars onerata non est, non augeri ait, si ea nominatim ab illo data sint, non autem his verbis, quisquis mihi heres erit. Significat enim id, quod nunc dicimus, cum pars defecta exhausta est, perinde in ea ponendam esse rationem legis Falcidiæ, atque si ad eum pertineret, a quo defecta est, ob eam caussam, quod legata hæc ex persona eius præstentur. Quod ita fit, si nominatim ab eo data sint. Nam quæ ita relicta sunt, quisquis mihi heres erit, dato; deficiente coherede, his obligatur suo nomine, qui solus heres exstitit, quia verum est hunc maxime esse heredem.

VI. Sed de utraque parte superioris distinctionis operæ pretium est separatim amplius cognoscere. Est enim, quod de utraque separatim præcipi, & caveri proprie oporteat. Ac de parte onerata accrescente in quam modo desiimus, primum dicatur. In qua hoc primum moneri oportet, quod ius in ea parte deficiente esse diximus, ut in ea separatim poni possit ratio legis Falcidiæ etiam ab eo coherede, qui ex sua persona quartam totius hereditatis habeat: id generaliter sic accipiendum esse, ut nihil intersit, quo iure ea portio deficiens ad coheredem pervenerit; utrum iure accrescendi, an substitutionis vulgaris, an etiam iure potestatis. De ea, quæ accrescendi iure accesserit, est in *d. L. quod si alterutro.* 87. *L.* 1. §. *si coheredis. D. ad leg. Falc.* De ea, quæ obvenerit ex substitutione vulgari, est in *d. L.* 1. §. *id quod ex substitutione eod.* De ea specie, in

rationi æque locus, si pars onerata accedit integræ. Resp. ego. Est quidem, ut æque is heres, cui repudiantis pars gravata accrevit, quia solus exsistat, videri possit ex asse unus institutus: Sed non ideo videri possunt legata nominatim a coherede deficiente relicta, ab ipso relicta, quæ illo altero casu vere sunt, ac is nominatim dare iussus. Ac si hic spectaremus solam heredis exsistentis personam, nihil omnino legatorum nomine, quippe quibus ipse præstandis gravatus non esset, exsolveret. tantum abest, ut illa vel integra, vel ampliora, quam coheres iste suus nominatum gravatus præstaret, si exsisteret, exsolvera cogeretur. Spectatur igitur in eo persona coheredis, a quo relicta sunt, & ne voluntates defunctorum intercidant, & ne quis ex cuius persona lucrum affectat, onus recuset. Sane si idem statueretur in parte exhausta obveniente integræ, quod in parte integra obveniente exhaustæ, ut videlicet utrobique quicquid legatorum dodrantem hereditatis non excedit, integrum præstandum esset, eveniret sæpe, ut portio accrescens damnosa sit ei, cui obvenit, ipsiusque portionem, quam suo iure, & ex persona sua, expressaque testantis voluntate haberet, imminueret. Quod fiet si portio alterius ultra vires onerata. Pone. In heredirate 800. Caius & Seius heredes. A Caio legata 600. a Seio nihil, vel a Caio 500. a Seio 100. Si Seii portio obveniat Caio, quia per eam fiet ut quadrans totius assis videlicet 200. ipsi sit integer, ideo legatis nihil omnino detrahet, qui coherede concurrente ultra 300. præstiturus non erat, quippe cum quarta sui semissis utpote 100. ei salva esse deberet. Nec quisquam dubitet hoc casu etiam 200. illa, quæ vires portionis gravati excedunt, præstanda. Præterquam enim quod nihil sic iniqui statuatur in Caium, qui utique 100. plus habebit, quam si portio altera non accessisset, etsi tum 300. sola legatariis præstaret: nihil quoque voluntati testatoris adversum, sed immo conveniens, cum sic fiat, ut exitum illa sortiatur. Necesse est etiam sic statui, ut quia is unus heres est, nec deficientis coheredis persona spectari potest, utpote a quo vel nihil, vel multo minus dodrante relictum, ex sua persona inducat Falcidiam: In quam imputat quicquid iure hereditario percipit *L.* 91. *h. t.* & sic etiam portionem accrescentem, quam certe habet iure heredis. E diverso si Caii repudiantis portio obveniat Seio, si idem iuris esse velimus, contingeret, ut qui, si nihil ei accrevisset, suum semissem scilicet 400. integrum, vel pauxillum delibatum, si ponas 100. ab ipso legata, habiturus; nunc propter obventionem partis oneratæ ei 200. vel 100. decedant, ut æque sola 200. quæ quadrantem assis totius efficiunt, retineat, nihiloque plus habeat, quam coheres, si, se deficiente, sua pars illi obvenisset. Atqui hoc ne fiat obsistunt. (1) Æquitas, quæ factum alterius (uti hic est repudiatio coheredis Caii) alteri fraudi esse, & iniquam conditionem adferre non sinit. (2) Voluntas defuncti, qui nihil a Seio legando, portionem ipsi adscriptam integram, nec delibatam habere voluit. (3) Ratio iuris, quæ non patitur ex persona alterius Falcidiæ rationem haberi, quam a quo ultra dodrantem relictum. Hic autem ultra dodrantem non Seius, sed Caius gravatus est. Itaque si velimus legata servare, necesse est, ut spectemus personam Caii, & quasi eam in exsolvendis relictis sustinere Seius fingatur, ideoque omni illius iure utatur, & sic non plus præstet, quam 300. quantum ipse videlicet Caius præstiturus, si Seio concurreret. Ut ita non damnosa sit ei accretio, sed in 100. lucrosa, cum & oneri præstationis, a qua alias immunis foret, eum subiiciat. Et ita videtur.

in qua portio deficientis iure potestatis ad coheredem pertinet, agitur in *L. si pupillus* 21. §. 1. *eod.* Atque in his omnibus superior sententia pariter servatur, ut quæ portio exhausta accessit, semper in ea ex supra scriptis caussis ratio legis Falcidiæ perinde poni possit, atque si ad eum pertineret, a quo defecta est. Quod in superioribus locis de unaquaque harum caussarum constanter traditum videmus. Et merito: habet enim in omnibus legatorum præstatio eamdem rationem: quod cum ex persona deficientis coheredis, & nomine eius legata præstentur, æquum sit, eum, qui ea præstet ex eius persona, eiusdem personæ iure in ea præstatione uti.

VII. Una hic exceptio est, de qua diligenter præcipiendum videtur: ita scilicet superiorem sententiam accipi debere, si coheres, cuius pars legatis onerata defecta est, moriente testatore vixerit, ut dici posset tempore mortis testatoris fuisse institutus. Diversum esse, si vivo testatore decesserit. Finge huius heredis ante demortui partem exhaustam ad alterum coheredem ex substitutione vulgari pervenisse. Iulianus scribit, in hac specie coheredem, qui ex sua parte quartam totius hereditatis habet, solida legata a coherede altero relicta præstaturum. Hoc ille; obscurius quidem: sentit tamen in *d. L. qui fundum*. 87. §. *qui filium*. *D. ad leg. Falc.* Verba hæc sunt: *Qui filium suum impuberem, & Titium æquis partibus heredem instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil: & Titium filio substituerat. Quæsitum est, cum Titius ex institutione adisset, &, impubere filio mortuo, ex substitutione heres exstitisset, quantum legatorum nomine præstare deberet. Et placuit, solida legata eum præstare debere. Nam confusos duos semisses efficere, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, & solida legata præstarentur.* Negat ergo aperte Iulianus in parte legatis exhausta, quæ ex substitutione ad coheredem pervenit, separatim ponendam esse rationem legis, ut ex ea ita detrahi possit quarta, uti potuisset a pupillo, si ipse legata præstaret. Negat omnino; sed addit, quod rem expedit. Subiicit igitur: *sed hoc ita verum est, si filius ante quam heres exstitisset, decessisset.* An quod filio ita decedente pars eius ad substitutum coheredem pervenit ex substitutione vulgari, non pupillari? Nequaquam. 3 Nam etsi ex substitutione vulgari perveniat ad coheredem portio deficiens, eademque legatis onerata, etiam in ea rationem legis Falcidiæ separatim poni debere supra diximus, ut legata ab ea parte relicta non augeantur alterius partis integræ accessione, eoque & habita ratione legis Falcidiæ pro portione eius partis præstentur. Idque ita non obscure significatur in *L.* 1. §. *id quod ex substitutione. ad leg. Falcid.* Cur ergo negat Iulianus in superiore specie id ita faciendum, si filius ante, quam heres exstitisset, decessisset? Quia non potuit ita decedere, nisi vivo testatore. Qui enim in potestate patris fuit, & suus heres, qualis hic pupillus proponitur, necesse est, si patri heres non exsistat, eo fieri, quia vivo patre decesserit: quippe qui si patri superstes vel momento fuisset, ipso iure patri statim heres exsisteret. §. *sui. Inst. de her. quæ ab int. def.* Quid ergo refert, dicat aliquis, utrum coheres, cui substitutus datus est, vivo testatore decedat, an mortuo, ut locus fiat substituto? Sane ut fiat substituto locus, nihil interest. At tum multum interest, si quæratur, utrum in parte deficientis ratio legis Falcidiæ ponenda sit, an non sit, de quo nunc agitur. Nam qui mortuo testatore adhuc vivit, hunc recte possumus institutum esse dicere, & institutum postea defecisse. Qui autem vivo adhuc testatore decedit, non potest vere dici a testatore institutus. Is enim intelligendus est institutus heres, non qui ab initio institutus est solum, sed in cuius institutione testator perseveravit. Quod si vivus testator heredem sibi esse noluit, simul quoque voluntate testatoris institutus esse desiit. Porro nemo sibi eum heredem vult, qui, ipso vivo, non sit in rerum natura. Quod si ita est, eveniet, ut, altero ex duobus institutis dum testator vivit, mortuo, solus coheres eius moriente testatore reperiatur institutus ex duabus partibus; ex una pure, ex altera sub conditione, cuius conditio iam exstitit. Certi autem iuris est, ut supra diximus, si quis unus sit heres institutus, quantumvis sit institutus ex diversis partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, & ex singulis varie legata data: nunquam tamen separatim in singulis partibus poni rationem legis Falcidiæ: sed, ut hic unus est heres institutus, ita in ratione legis Falcidiæ ponenda

3) Ita & Govean. *ad d. L.* 1. §. 15. quia nec ex re testatoris mea portio augetur, cum adita hereditas, res testatoris esse desinat. Non male, sed malo sic. Quia tunc non percipitur iure hereditario, sed alio titulo, & ex solo arrogati facto, ideo non imputatur in Falcidiam *L.* 91. *h. t.*

da unam hereditatem totam semel spectari debere, & huius totius unam quartam sufficere, quæ heredi tribuatur. *d. L. in ratione.* 11. 4 *§. quæsitum* 7. *illic, & aliam esse caussam.* *L.* 1. *§. id quod ex substitutione. ad leg. Falc.* Quæ si recte dicuntur in eo herede, cuius pars coheredi ex substitutione defertur, necesse est, locum habere etiam in cæteris heredibus, quorum partes vacantes quovis alio iure ad coheredem pervenerunt, si illi decesserint vivo testatore. Semper enim isto modo coheres reperitur tempore mortis testatoris solus heres esse institutus; ex diversis partibus quidem, sed tamen solus: quem satis est totius hereditatis quartam habere, ut legi satisfiat. Summa ergo sit hæc: ut ex duobus heredibus institutis deficiente altero, in portione eius vacua, quæ onerata fuit, separatim ratio legis Falcidiæ poni possit secundum ea, quæ diximus: necesse esse, ut hic quoque, mortuo testatore, repertus sit institutus, deinde hereditate exciderit: scilicet, ut prius scriptus fuisse, quam defecisse intelligatur. Quod si contra factum erit, in tota hereditate permixtis partibus, unam Falcidiam servari. Unde & iuris auctores observare licet, de eo deficiente ex cuius persona rationem legis Falcidiæ haberi volunt, hoc modo loqui, si omiserit hereditatem, si dum deliberat, decesserit, ut *d. L.* 1. *§. id quod ex. d. L. qui fundum.* 87. *§. ult. eod.*

VIII. Hæc de ea parte, quæ legatis onerata quæsita est alteri coheredi suam integram habenti. Quod ad alteram partem non oneratam attinet, quam diximus, si ad laterum coheredem oneratum pervenerit, sic illi obtingere, ut si quartam partem hereditatis tribuat, non possit is, ad quem pervenit, amplius suæ portionis quartam retinere: habet hæc quoque pars, quæ hic moneri oporteat: illud nimirum, istam partem superioris distinctionis sic accipi debere, siquidem heres non exstiterit is, cui portio non onerata delata erat. Quod si semel heres exstiterit, quanvis eius portio aliquo iure deinde ad alterum coheredem oneratum pervenerit, semper tamen huic coheredi manebit ius integrum quartæ retinendæ, quod prius fuerat. Veluti si hic coheres alteri illi heres factus erit aut ex testamento, aut ab intestato lege, aut alter ille ab hoc coherede fuerit arrogatus. *Si coheredem meum*, inquir Paulus, *post aditam hereditatem arrogavero: non dubitabitur, quin separandæ sint portiones perinde, atque si coheredi meo heres exstitissem.* Hoc ille in *L.* 1. *§. si coheredem. D. ad leg. Falc.* Significans, hoc casu ita separandas esse portiones, ut quisque heredum perpetuo suæ portionis quartam retinere possit, uti initio potuit, si portiones apud unumquemque ex his discretæ mansissent. Et recte; cum enim ab utroque adita est hereditas, 5 incipit iam duorum patrimonium

4) Dissent. A. Fab. 4. *Coniect.* 13. putans, parte onerata ex substitutione vulgari obveniente non oneratæ legata augeri, & pleniora præstari. Discrimen inde esse, quod ius substitutionis ex voluntate testantis, ius accrescendi ex lege. Sed recte noster. Et refellitur Faber ex *d. §.* 13. ibi, *sed ea, quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur*, quæ minime accipi possunt de iure accrescendi, cum §. totus aperte sit de substitutione, & vocula *eo* referenda ad voculam *coheredem*, prioris vers. nec patitur plane diversum casum construi. Sed uti prior §. vers. de parte non onerata ex substitutione accedente oneratæ, ubi id proficit legatariis existentis, ita posterior vers. de onerata ex eadem substitutione accedente non oneratæ, ubi legata *ab eo* (nimirum de quo dixerat, illum si extitisset, accreta coheredis portione, non exhausta, legatariis suis plena legata exsoluturum fit) repudiaverit, non augentur. Denique *in §. seq.* 14. demum ponitur de onerata iure accrescendi integræ accedente. Quomodo vero in *d. §.* 13. simpliciter assereret IC. legata non augeri, si id interpreteris de iure accrescendi cum Fabro, cum in *§. seq.* de illo contentionem inter Cassium, & Proculum fuisse tradat. Dicit Faber *d.* vers. *sed ea* §. 13 loqui de parte repudiata accrescente *d. §.* 14. de parte defecta per verbum *vindicavero.* iunct. *L.* 5. *in fin. de vulg.* Male. (1) Quia nulla consequentia. Pars defecta accrescens vindicari potest *d. L.* 5. *in fin.* Ergo repudiata accrescens nequit. (2) Quia dicitur portio *coheredis* obveniens vindicari. Ergo saltem ei delata fuit hereditas. Nam qui plane defecit, & nec exsistere potuit, vel quia ante testatorem mortuus, vel quia incapax, *heres* dici nequit, ideoque nec *coheres*, nisi valde abusive, arg. *L.* 221. *de V. S.* Postremo urgetur illa opinio iisdem incommodis, de quibus *supr. N.* 2. quod si ita statueretur, evenire posset minus ex hereditate lucri facturum, cui coheredis portio ex substitutione obveniret, quam si suam solam habiturus, si videlicet portio ultra vires portionem eius, cui substitutio facta, legatis oneratam. Nec ratio differentiæ a Fabro allata obstat. Nam & ius accrescendi est ex voluntate testantis tacita, eodem modo, quo vulgaris substitutio tacita pupillari expressa contenta, in qua tamen idem iuris statuendum, quod in vulgari aperta. Aliter Cuiac. 4 *Obs.* 35. putans in *d. L.* 87. §. 4. necesse esse, ut intelligamus adscriptam fuisse generalem repetitionem legatorum vulgo usitatam. Alioqui ibi heres de legatis ab eo, cui substitutus, nihil omnino debuisset, cum tempore Iuliani, qui auctor *d. L.* 87. rescriptum Severi, quod legata ab instituto censeri debeant repetita a substituto, *L.* 74. *de leg.* 1. nondum editum esset. Sed rectissime hæc refellit Faber *d. in.* Quod mera hæc divinatio nec ex verbis *d. §.* 4. elici possit; Quod sola repetitionis ratio durius substitutum non adstringat, quam institutum; quod probe notandum contra ipsius Fabri sententiam.) Quod rescriptum Severi innitatur voluntati defuncti *d. L.* 74. *L.* 4. *C. ad Trebel.* vid. *inf.* C. 29. ideoque non tam novum ius induxerit, quam certum constituerit.

5) Cum obscura sit *d* §. 7. sententia, exemplo eam exponam. Qui in bonis habet 800. filium impuberem ex uno. Seium *exterum*, id est extraneum, non suum, ex altero semisse scribit heredes. Filio Seium eundem in secundum casum substituit. Primis tabulis a filio legat 200. a Seio 200. Secundis tabb. a Seio relinquit itidem 200. Uterque heredem cernit. Impubes moritur. Quæritur, cum hic triplicia legata reperiantur, an omnia in unum commiscenda, & cum contributa efficiant 600. nec dodrantem excedant, an legata integra præstanda, ut sufficiat Seio, quod quadrans totius assis nimirum 200. ipsi supersit: An vero separanda ea, quæ a Seio, uti instituto, legata sunt, confundenda autem tantum quæ ab ipso, ceu substituto, relicta, cum iis, quæ pupillus præstare iussus. Ut ita Seius 200. habeat integra iure suæ institutionis, & in altero semisse ex substitutione accrescente, qui totus exhaustus reperitur

nium esse; proinde & duæ hereditates. Cui consequens est, ut necesse sit in singulis his hereditatibus etiam singulas, & proprias quartas ex lege Falcidia obtineri.

IX. Sed quidquid de superiore distinctione huc usque diximus, sciendum est ei solum locum esse in legatis uno, & eodem testamento relictis. Ad legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, & quæ secundis a substituto reliquit, distinctio superior omnino non pertinet. In quibus hoc servatur, ut nunquam separentur partes impuberis, & substituti; nunquam legata ab impubere relicta, & quæ a substituto relicta sunt; sed omnibus his legatis in unum contributis, quasi testamento patris ab uno herede eius relicta essent, ita in his una Falcidia quarta servetur, habita ratione patrimonii paterni, quod fuit, cum pater moritur. Quod eam vim habet, ut, si substitutus, omnibus, contributis, quartam habeat hereditatis paternæ, etiam ex persona sua solida legata præstare debeat, quanvis ea præstet ex persona impuberis, cuius portio primis tabulis legatis exhausta erat. Et contra si quartam hereditatis non habeat, hanc possit detrahere de tota hereditate, nec quidquam ei noceat, si pro dimidia tantum parte impuberis legata ab eo relicta sint, & rursum pro altera tantum dimidia relicta a substituto, si modo omnia contributa totum patrimonium paternum absumant, aut eius dodrantem excedant. Hæc est illa regula veterum, quam Papinianus refert in *L. in ratione*. 11. *§. quod vulgo. ad leg. Falc.* in tabulis patris, & filii unam Falcidiam servari. Idem convenienter his, quæ diximus, sic explicat in *ead. L. in ratione. §. ult.* dixi, inquit, *quantum ad legata, quæ pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem: cum communi calculo subiiciantur, & invicem inducant contributionem*. Caius apertius, & latius in *L. in duplicibus*. 79. *eod. tit.* his verbis*: in duplicibus testamentis sive de patrimonio quæramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuerit. Nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid, vel deminuerit. Sive de legatis quæramus, tam ea, quæ in primis, quam ea, quæ in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur*.

X. Sed cur hic placet & partes hereditatis, & legata in unum contribui: cum hic quoque duo sint heredes, in aliis autem heredibus a testatore institutis, placeat, eorum partes, & item legata a singulis relicta separatim spectari, & in singulis poni rationem legis Falcidiæ? Rationem reddit Caius in *d. L. in duplicibus, in extremo:* quod quæ a filii herede reliquit testator, perinde sit, quasi a suo herede sub alia conditione legasset. Congruit & illa Papiniani in *L. in ratione. 11. §. quod vulgo. ad leg. Falcid.* qui ideo hic contributioni locum esse scribit, quod in hac parte iuris legata, quæ tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelligantur. Optima vero hæc ratio est, & qua efficitur omnino id, de quo quæritur, ut in portione heredis substituti, & in portione impuberis instituti non debeat separatim ratio legis poni, sed in utraque simul contributis legatis una tantum quarta Falcidia servari. Illud enim constat, quod & initio posuimus, unum heredem quanvis ex diversis partibus institutum, non posse eius hereditatis, ex qua solus heres institutus est, nisi unam quartam retinere, quemadmodum & una est hereditas, ad quam in solidum vocatur. Quod pluribus sic explicatur a Papiniano in *d. L. in ratione. 11. §. quæsitum. ad leg. Falc.* & aliam, inquit, caussam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur. Ibi enim legatorum rationem confundi non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus. Neque referre, pure sæpe, an sub diversis conditionibus instituereretur.

XI. At quomodo possunt videri legata relicta esse primis tabulis, quæ proponuntur relicta esse secundis? quomodo videri relicta ab herede patris, quæ relicta sunt ab impuberis substituto, quem constat filio heredem esse, non patri? Nam pupillo herede exsistente, pro qua parte exsistit heres, bona, quæ olim fuerunt patris, non iam amplius sunt patris, sed incipiunt esse pupilli, & ut pupilli bona, ad substitutum eius deferuntur. Unde dicitur ex hac substitutione substitutus fieri heres non patri, sed pupillo. *Inst. de pup. subst. in pr.* Qua ratione etiam dicitur hæc substitutio tabulæ, & testamentum filii; utpote in quo heres filio instituitur. *L. 2. D. de vulg. d. tit. Inst. de pup. in pr.*

XII. Et de priore facilis est responsio. Nam

peritur, inducta Falcidia detrahat illius quadrantem, nimirum 100. Ut in universum Seius retineat 300. Posterius hoc deciditur, statuiturque diversa ratio eius, qui duas, plu-

resve partes hereditatis ex institutione habet, unam pure, aliam sub conditione, ac eius, qui unam ex institutione, alteram ex pupillari substitutione nanciscitur.

Nam testamentum filii idem quoque est testamentum patris: quia pater ei fecit. *L. Papinianus. §. sed nec impuberis. D. de inoff. test.* De quo satis diximus in pupillari substitutione. Quod quia erat noti iuris, ideo veteres hic non attigerunt.

XIII. Posterius sic illi expediunt. Respondent igitur, cum legata a pupillo relicta præstantur etiam ex portione pupilli, videri posse ea præstari de patrimonio eius, si in ea portione computarentur etiam ea bona, quæ pupillo aliunde, quam a patre obvenissent. Nunc autem, his subductis, solum spectatur ea quantitas, quæ de bonis patris ad filium impuberem pervenit. *d. L. in duplicibus.* Hæc vero quantitas, subducta persona pupilli, & iis, quæ eius propria fuerunt, non potest intelligi esse, nisi patrimonium patris. Ex quo cum substitutus præstat solida legata ab impubere relicta, nihil habet, quod queratur; quia & pater ea legavit solum de suo, & legans a substituto, videtur ab eo non ut a substituto, sed tanquam ab herede a se instituto legare; cum ab eo nihil amplius præstari velit, quam quod de bonis suis, & patrimonio reliquerit. Ex hoc est, quod Papinianus hanc præstationem defendens in *d. L. in ratione. 11. §. quod vulgo. & §. seq.* his rationibus tuetur, quod & pater legaverit de suo, & substitutus in proposito, qui ad bona paterna solum revocatur, subducta persona pupilli revocandus sit ad intellectum institutionis. Quibus verbis nihil aliud significat, quam substitutum, si quidem cum pupillo spectetur, non posse dici, nisi substitutum, & ex ea substitutione heredem impuberis. At subducta persona pupilli, (quæ ideo subduci debet, quia de bonis eius propriis nunc non agitur) substitutum pro instituto patris herede intelligi, & haberi debere. Quod sane illud ipsum est, quod Caius dixit, perinde esse ea legata, quæ a filii herede, id est, a substituto eius reliquisset testator, atque si a suo herede, id est ab instituto, legasset. *d. L. in duplicibus. 87. eod.*

XIV. Quo recepto, consequens fuit, quod de tempore, quo quantitas patrimonii paterni hic spectanda esset, veteres ex eadem regula responderunt. Nam si omnia legata tam quæ ab impubere, quam quæ a substituto eius relicta sunt, perinde habentur, quasi pater ea de suo, & a substituto tanquam ab herede a se instituto legasset: consequens, inquam, fuit, ut hic idem tempus spectaremus, quod spectamus in institutis heredibus, cum supra dodrantem portionis cuiusque legatum est. Id autem est mortis testatoris tempus. *L. in quantitate. 73. in princ. ad leg. Falc.* de quo postea. Merito igitur, & consequenter prioribus, hoc idem tempus in hac specie spectandum esse placuit. Hoc enim est, quod Caium scribere in *L. in duplicibus. 79. ad leg. Falcid.* supra retulimus: *In duplicibus testamentis si de patrimonio quæratur* (intellige eo, ex quo legata præstanda sunt, & ex cuius quantitate æstimandus est legatorum modus) *ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuerit.* Plura de vi superioris regulæ scripsit Papinianus huc pertinentia in *L. in ratione. 11. §. quod vulgo.* & deinceps. *eod. tit.* Qui locus cum ut cognitione præcipue dignus est, ita non minore difficultate laboret: non alienum visum est, cum separatim attingere hoc loco, & brevibus scholiis additis prudentiam lectoris in ea adiuvare.

AD *L. IN RATIONE.* 11. §. *QUOD VULGO. AD LEG. FALC.*

Quanvis enim substitutus.

Quasi diceret: Atque hanc potestatem habet, quæ sequitur. Quanvis enim substitutus, & cætera.

Ut quodlibet æs alienum debeat.

Sit sententia huius loci in hoc exemplo exposita. Pater, qui quadringenta in patrimonio habebat, cum moritur, ab impubere filio primis tabulis ducenta legavit: cumque ei Titium substituisset, ab eo secundis tabulis alia ducenta dedit. Pupillus patri heres exstitit, ac nondum solutis legatis, quæ ab ipso relicta erant, intra pubertatem decessit. Cum conveniretur substitutus ab his, quibus ab impubere legatum erat, iique solidum peterent, sicut institutus solida ducenta ex persona sua debuit: quæsitum est etiamne substitutus eodem modo solida præstare debeat, an vero imminuta per legem Falcidiam. Ambigendi caussa hæc est. Nam si personam substituti spectes, & præterea in quam hereditatem ex substitutione is succedat, solida præstare debebit, tanquam æs nimirum quodlibet impuberis:

Pupillo enim fuccedit in his bonis, quæ pupilli propria fuerunt. *§. 1. Inſtit. de pup. ſub.* Quod ſi hereditas omnis more Romano æri alieno deceſſoris nos obligat, *L. more. de acquir. hered.* neceſſe eſt, ſi quid pupillus debuit, hic, qui pupillo ex ſecundis tabulis heres exſtitit, ipſe quoque ei æri alieno ex ſubſtitutione obligetur. Ut enim æs alienum noſtrum dicimus, quod aliis debemus: ita æs alienum pupilli, quod pupillus debuit. *L. cedere. §. æs alienum. de verbor. ſignific.* Iam vero pupillus, ut ante dixi, ſolida hæc ducenta præſtaret, ſi viveret. Nequaquam enim ex perſona ſua Falcidiam inducere potuit, qui ducentis ſolutis, ducenta adhuc ex univerſo patrimonio habiturus fuerit; ac tum cum viveret nulla alia legata præter ducenta reperiebantur. Ergo etiam ſubſtitutus. ſolida præſtare debebit, ut hoc ſcilicet ære alieno ante deducto, deinceps legata a ſe tabulis ſecundis relicta præſtet habita legis Falcidiæ ratione in his bonis pupilli, quæ illis ante deductis ſuperſunt. Verum hoc ita recte diceretur, ſi legata ab impubere relicta per ſe ſeparatim in ponenda legis Falcidiæ ratione ſpectarentur ex hereditate patris; quæ autem legata a ſubſtituto data ſunt ſecundis tabulis, ipſe ea præſtaret habita Falcidiæ ratione in his bonis, quæ pupillus moriens reliquit. Ut ita quia ſunt hic duo teſtamenta, & duæ hereditates; *§. igitur. Inſtit. de pup. ſub.* duplex quoque in ſingulis hereditatibus, nec non in legatis unoquoque teſtamento relictis Falcidia ſervaretur. Nunc autem, impubere mortuo, propter ea, quæ ſecundis tabulis relicta ſunt, contributioni locus eſt, ait Papinianus. Quid tum poſtea? Dicet aliquis. Et Papinianus ex contributionis verbo, contributionis effectum intelligi voluit. Significat igitur, ea quæ ſecundis tabulis relicta ſunt, cum his, quæ data ſunt primis tabulis, ideo contribui, ut, toto patrimonio in unum permixto, & legatis inter ſe confuſis, circa legem Falcidiam totius aſſis ratio habeatur, & omnia legata habita ratione eius patrimonii aut ſolida præſtentur, aut imminuta, ut Iulianus loquitur in *L. qui fundum. 87. §. qui filium. eod.* Et hoc eſt videlicet: ſi legata contributa excedent dodrantem eius hereditatis, quæ principio fuerit, omnia retro minuantur; ſi non excedent, quandocunque præſtabuntur, ſolida præſtanda ſunt. Idque ex ea regula intelligitur, qua vulgo dicitur, in tabulis patris, & filii unam Falcidiam ſervari. Sic enim in his una eſt, ſi omnia ex uno patrimonio, & uno teſtamento æſtimentur. Prima igitur vis regulæ ſuperioris hæc eſto, quam hic ubique Papinianus intelligi voluit, ut legata a pupillo relicta, ſi quidem per ſe ſpectarentur tanquam æs quodlibet alienum, ſolida quanta ſunt, a ſubſtituto præſtari debuerint, quia pupillus ita debuit. Nunc autem propter ea, quæ ſecundis tabulis relicta ſunt, omnia minuantur, ſi illa contributa faciant, ut ſupra dodrantem paternæ hereditatis legatum videatur. Contributioni enim locus eſt. Forte omnia inter ſe contributa dodrantem paternæ hereditatis non exceſſerint. Quid enim, ſi centum dumtaxat a ſubſtituto data ſint, cum ducenta ab impubere relicta eſſent? Tum vero etiam omnia ſolida præſtanda erunt. Sed vis regulæ in eo eſt, ut ſi forte omnibus contributis ſupra dodrantem reperiatur fuiſſe legatum, intelligantur legata minui hoc ipſo, quod contributioni locus eſt.

Cum filius heres exſtitit.

Non enim aliter ea legata tanquam æs alienum pupilli præſtari potuerunt, quam ſi illa pupillus debuit. Nec vero aliter debere potuit, quam si heres exſtiterit.

Ut quodlibet æs alienum debeat.

Si quidem, ut dixi, ſeparatim per ſe ſpectentur.

Contributioni locus eſt.

Quæ contributio eo rem deducit, ut iam non ſicut quodlibet æs alienum, illa præſtentur, ſed ut ſi contributa modum legis Falcidiæ in bonis patris exceſſerint, omnia minuantur.

Secundum quæ.

Ideſt ſecundum ea, quæ de contributione dicimus, qua fit, ut ſive a principio omnia dodrantem paternæ hereditatis non excedant, nullo unquam tempore ne a ſubſtituto quidem minuantur, quanvis pupillus bona deminuerit: ſive excedant, ſemper de his quarta detrahi poſſit, quanvis bona pupillus auxerit. *d. L. in duplicibus hic.*

Poterit evenire, ne ſubſtitutus quidquam retineat.

Id tum eveniet, cum patris hereditas legatis ſuffecit, nunc autem pupilli non ſuffi-

sufficit. Nam si cum a principio legi Falcidiæ locus non fuit, solida legata præstanda sunt, substitutus omnia præstare debebit, quanvis hereditas pupilli solvendo esse desierit. Quo casu, omnibus solutis, futurum est, non modo ut nihil retineat, sed etiam, ut [6] de suo supplere interdum cogatur. Quod tunc fiet, cum hereditas pupilli omnibus solvendis par non erit.

Vel ut plus habeat quarta paternæ hereditatis.

Id eveniet e converso, si, contributis omnibus legatis, appareat, quo tempore pater moritur, supra dodrantem paternæ hereditatis legatum esse, ut de legatis quarta detrahi potuerit. Quanvis enim postea pupilli hereditas in immensum aucta sit, adeo ut substitutus, omnibus legatis persolutis, multo plus, quam quartam partem hereditatis pupilli habere possit: tamen & quartam detrahet substitutus, quæ ab initio poterat detrahi, & præterea quanto amplius hereditas pupilli aucta est, quam patris fuerat, suo iure id capiet. Quorum neutrum dici posset, si secundum æstimationem hereditatis, quam pupillus reliquit moriens, substitutus legata secundis tabulis a se relicta præstaret. Hoc modo enim contra eveniret, ut si hereditas pupilli legatis non sufficeret, quadrantem de legatis substitutus retineret, quanvis ab initio patris hereditas omnibus suffecisset. Et vice versa si pupilli hereditas omnibus legatis sufficeret, nihil de illis detraheret, quanvis ex paternæ hereditatis æstimatione a principio quarta detrahi potuerit. Ut manifesto appareat in his, quam potestatem illa regula habeat, & in universum quid referat, in duplicibus testamentis duplexne Falcidia, an una servetur.

Quid ergo, si non sufficiat.

Non attingit Papinianus eam partem, qua substitutus multo plus quarta paternæ hereditatis habiturus est. Tum enim sublevatur potius, quam oneratur substitutus. Itaque, quod quæretur, nihil est. Habet potius in eo, quo sibi gratuletur. Sed cum legata ita præstabit, ut nihil retineat, unde tandem illam, aut quomodo præstaturum esse dicimus? De pupilli enim hereditate id illum facere, aut supra vires etiam patrimonii eius, ferendum non videtur. Hoc est igitur, quod quærit, Quid si pupilli hereditas non sufficiat, cum patris suffecerit? quo casu ita solida legata præstabuntur, ut substitutus nihil sit retenturus.

De suo quadrante nimirum dabit substitutus.

Quem tandem quadrantem substituti intelligit, cum hic patri heres nunquam extiterit, ut ab eo hunc quadrantem, qui a principio fuit, habere posset, nunc autem, cum filio succedit, nihil sit in eius hereditate, quod hunc quadrantem substituto largiatur? nimirum hunc intelligit. Cum patris hereditas ab initio suffecit, ita suffecit, ut, omnibus legatis persolutis, quadrans salvus relinqueretur pupillo. Eum nunc substitutus per impuberem accipit. Immo vero, subducta persona pupilli, potius a patre accipere intelligitur, cum ab ipso patre vocetur. Hoc igitur ait: si cætera bona, hoc quadrante deducto, non sufficiant, etiam ad hunc quadrantem pervenietur, ut de ea legata præstet substitutus, nec eum retineat, ut tum facere posset, si hereditas, ut a principio, solvendo esset. Merito; in quantitate enim patrimonii paterni, unde legata nunc præstantur, tempus mortis patris spectamus. Quod postea intercidit, heredem onerat, non legatarios, quibus ab initio supra dodrantem legatum non est. *L. in quantitate. 73. in princ. eod.* Quid ergo, si ne hic quidem quadrans suffecerit omnibus legatis? Et nimirum etiam de suo præstabit substitutus, cum dicamus solum mortis patris tempus spectari; nec ad rem pertinere, si post mortem patris filius acquisierit aliquid, vel diminuerit. *d. L. in duplicibus*. Nec ea res substituto damnosa est, cui liberum fuit a principio non adire. *d. L. in quantitate*. Ideo autem de quadrante solum meminit Papinianus, quia proposuit hereditatem pupilli non plane absumptam esse, sed [7] retento illo quadrante, qui a principio salvus erat, eam non

6) Ita & Govean. *in d. L.* 11. §. 5. Cuiac. 4. *Obs.* 34. sic ponit speciem: Paterfamilias relinquens 400. legat a pupillo 100. a substituto 200. Perierunt ex hereditate 100. Patris hereditas sufficiebat legatis, salva Falcidia: Pupilli non sufficit. Solida tamen ea præstat substitutus. Contra: Paterfamilias 400. habens in bonis, a pupillo 200. a substituto 200. legat. Crevit hereditas in 200. Opes patris spectantur, & substitutus detrahit 100. Ac sic consequitur 300. multo plus quarta.

7) Et ita retineri potest vocula, *quadrante*, quam, ceu interpretis, & irreptitiam expungit Govean. in *d. L.* 11. §. 5. non improbabiliter tamen. Probabilius certe quam Cuiac. qui 4. *Obs.* 34. negat, de propriis bonis heredem unquam solvere, quid cogi, nisi hodie non confecto inventario. Et ultra vires hereditatis præstare exponit præstare non retenta Falcidia, qua deducta, vires hereditatis æstimari soleant. Quod plane est inconveniens. Nec obstat *L.* 1. §. 3. *Si cui plus quam per L. Falcid.* Neque enim ibi imminuta ponuntur bona testatoris, sed ab initio substitutus is, a quo 300. legata, ultra portionem suam gravatus erat.

non sufficere legatis. Nunc ne hoc iuique, aut contra ius statui videatur, cogi substitutum de suo, vel pupilli bonis respondere legatariis, vel quod pater de alieno largiri non possit, vel quod cum legata secundis tabulis relicta sunt, supra vires patrimonii ex eo testamento praestari non conveniat: utrumque sequentibus verbis removet, dicens & patrem de suo legasse, non de pupilli patrimonio, & legata, quae secundis tabulis data sunt, quasi in primis sub conditione relicta intelligi.

Quoniam pater legavit de suo.

Patris namque facultates iudicio ipsius patris per caussam hereditariam ex substitutione ad substitutum perveniunt. Cum enim pupillum primo in suis bonis instituerit heredem pater, in his ipsis mox substituit eum, quem, pupillo quoque mortuo, heredem esse vult, ut simul eadem substitutione & pupilli bona, & in his ea, quae patris fuerant, consequatur. Cum igitur ad bona sua hunc quoque substitutum, subducta pupilli persona, vocet: de hoc nimirum patrimonio suo legare intelligitur. Quod illum de suo facere certissimo argumento est, quod ita recte a substituto legat pater, si primo heredem impuberem sibi instituerit, ac deinde ei alium substituerit. Ab exheredati autem impuberis substituto pater legare non potest; scilicet quia non potest de suo legasse videri, cuius bona ad impuberem non pervenerunt. *L. ab exheredati.* 126. *de leg.* 1. Ex quo illa quaestio apud Iulianum tractata, possitne ab eius substituto legari, qui primo exheredatus a patre, mox idem secundis tabulis fratri suo substitutus, cum ex substitutione heres extitisset, tandem impubes decesserit. Et putat, substitutum hoc casu legata praestare cogendum, quia non est pro exheredato habendus, qui aliquo loco patri heres ex institutione patris exstiterit. *L. qui fundum.* 87. *§. pen. hic.*

Ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii.

Ultra vires patrimonii sic accipe, ultra vires patrimonii eius, quod eo testamento relinquitur, unde aliquid praestandum est. Ex quo colligi videbatur, ut, si quid tabulis secundis legatum est, non debeat ultra vires patrimonii pupilli, quod ex his tabulis defertur, a substituto praestari. Et recte hoc colligeretur, si quae secundis tabulis relicta sunt, vere etiam ex his tabulis valere intelligerentur. Sed perinde haec habenda sunt, ait Papinianus, quasi pater ea primis tabulis a suo herede reliquisset. Ut merito hic solum vires patrimonii paterni spectandae sint, quantae, illo moriente, fuerint; quod si idoneum fuit, nihil in posterum ultra eius vires praestari videatur. Sed quid necesse est, dixerit aliquis, haec perinde accipere, quasi patris tabulis relicta essent? Cur non potius res veritate penditur, ut, cum tabulis secundis relicta sint a substituto, inde etiam vere relicta esse intelligantur? Cur, cum substitutus pupillo succedat, haec tanquam a suo herede reliquisse videtur pater? Et sane non difficilis ex superioribus huius rei ratio est. Quia nimirum pater si ab alio herede, & de aliena hereditate leget, inutile legatum fit, sicut antea ostendimus. Necesse est igitur, cum patrem a substituto impuberis legare posse dicamus, ut legata inde data valeant, hoc perinde accipiamus, quasi a suo herede pater reliquerit, & suo testamento. Et revera substitutus impuberis, patris quoque heres intelligitur subducta persona pupilli, cum a patre ad eadem bona cum impubere vocetur. De testamento autem filii, quanquam in eo versatur maxime hereditas pupilli; nemo tamen dubitat, quin factione ipsa patris sit testamentum; quippe quod pater ipse facit, non filius sibi. Ut proinde quae eo testamento relicta sunt, uno testamento patris vere relicta esse intelligantur. *L.* 2. *D. de vulg. §. igitur. Inst. de pup. subst. L. Papinianus. §. sed nec. D. de inoff. test.* Cuius rei cum alia multa, tum hoc maximum argumentum est, quod cum ex diversis testamentis ius accrescendi non contingat inter eos, quibus eadem res iis testamentis legata est: *L. si sub conditione. D. quib. mod. us. amit.* tamen si legatum primis tabulis Titio detur, secundis tabulis eadem res Sempronio; Sempronium cum Titio concurrere placet, quandocumque ex secundis tabulis locus esse coeperit substituto: quasi uno eodemque testamento patris eadem res duobus relicta sit. *L. coheredi. §. coheres. D. de vulg. subst.* Cum autem plerisque aliis in rebus proprie testamentum ipsius filii & dicatur, & habeatur, ut in quo non de suis tantum bonis pater, sed omnibus bonis impuberis, quae vel nunc illius propria sunt, vel sunt aliquando eius futura, heredem instituat: recte addidit Papinianus haec verba in hac parte iuris, cum intelligi vellet, in hac parte secundas tabulas pro tabulis ipsius patris accipiendas esse, cum aliis in rebus aliter interdum habeantur.

Ideo

Ideo autem dixit, perinde habenda legata quasi primis tabulis sub conditione relicta essent, quia quidquid a substituto relinquitur, necesse est eadem conditione relictum intelligatur, sub qua ille heres institutus est. *L. aliquando.* 107. *D. de cond. & dem.* Porro omnis substitutus impuberis hac conditione substituitur, si impubes intra pubertatem decesserit.

AD §. *SI FILIO.* EIUSDEM *L. IN RATIONE.* 11. *AD LEG. FALC.*

Et alterius portionem oneraverit.

PUta [8] cum quadringenta in bonis haberet, ducenta ab eo secundis tabulis legaverit, quæ portio eius fuit.

Quam pupillus non haberet.

Finge enim, ab eo ducenta tantum legata esse, cum quadringenta ex bonis patris acciperet.

Vel unus pupilli substitutus.

Unum accipe alterum illum ex his duobus substitutis, cuius portio onerata non sit. Finge enim, ab eo centum fuisse relicta, hoc casu neque pupillus ex persona sua Falcidiam induceret, neque hic substitutus, si unus esset. Contributis enim omnibus his legatis, tam quæ primis tabulis ab impubere relicta essent, quam quæ secundis, reperiretur, supra dodrantem paternæ hereditatis legatum non esse, cum hæc trecenta efficiant; sint autem in bonis quadringenta.

Consequenter prioribus, quæ de patrimonii ratione dicta sunt.

Dictum est enim, si legata omnia tam quæ ab instituto, quam quæ secundis tabulis ab uno substituto legata sunt, non excedant dodrantem paternæ hereditatis, nihil de legatis unquam substitutum detracturum. Ita etiam fieri aliquando posse, ut supra vires patrimonii eius, quod a pupillo accipit, conveniatur. His ergo consequens esse videtur, ut cum legata ab uno ex his substitutis data non excedant dodrantem, alter nihil possit deducere, ut maxime supra vires portionis suæ conveniatur: quia si ab initio locus legi Falcidiæ non fuit, vereri non debemus, ne supra vires patrimonii pupilli legata aliquando præstare cogatur.

Atque si ita patri heres exstitisset.

Si quis ipsi patri ita pro parte heres exstitisset, ut eius portio supra dodrantem onerata esset: is utique quartam suæ portionis detraheret ex omnibus legatis, etiam si ab altero nihil legatum foret; propter regulam qua traditur, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse. Ergo in proposito poterit substitutus, cuius portio ex substitutione onerata est; quia hic perinde sit, quasi & eam portionem testamento patris accepisset, & eodem testamento legata ab eo relicta essent.

Ut

8) In hac §. 6. confido, me omnino expressisse sententiam Donelli nostri, scholiis suis proditam, verbis fere aliis, sed ita, ut perceptu ex his, quam ex ipso, sit facilior, & planior. Sed non perinde (si quod videtur fas est dicere) ut in *praced.* §. exponenda, ita & in hoc felix videtur. Imprimis hoc probare non possum, quod casum ponit noster, quo cum 400. in bonis essent legata, tamen ab herede filio, & utroque substituto in universum 500. & sic patrimonium, quod fuit testatoris cum moreretur, non exhaustum tantum, sed immo plus quam exhaustum. Deinde nec istud placere potest, quod cum IC. simpliciter dicat, alterum substitutum Falcidiam inducere non posse, Donellus tamen id ita accipit si scilicet unus esset. Quid hoc ad propositum. Certe IC. dum ponit speciem, in qua duo substituti, alterumque Falcidiam non inducere asserit, in eadem specie intelligit, non in alia, qua unus substitutus, quia eam non tractat. Nec etiam conveniens sic fit ratio dubii, quam noster fuisse putat. Nam quod si initio L. Falcidiæ locus non fuit, nec postea esse potest, quia tempus mortis spectatur, ut per §. *praced.* id hunc sensum habet. Quando Falcidiæ deductioni non est locus, si is, de quo quæritur an deducat, statim successisset testatori tempore mortis, eo quod salvus ipsi fuisset quadrans, tunc nec eidem locus, si post aliquod tempus succedat, mutatione interim, & imminutione bonorum contingente. Atqui in præsenti substitutus a quo 200. relicta, si statim cum moreretur paterfamilias succederet, utique deduceret Falcidiam. Non itaque vera est ea, quam Donellus ponit, dubitandi ratio. Rationes vero dubitandi veras esse oportet, non falsas, licet distent in eo a ratione decidendi, quod hæ & veræ, & bene applicatæ, illæ veræ, sed male applicatæ. Ant. Fab. *ad L. 51. pr. de pact.* Quid igitur habendum? Coniecturam meam proferam, paratus relinquere, certiora edoctus. Videtur species ponenda, ubi a pupillo infra dodrantem relictum: forte 100. ab altero substituto nihil, ab altero 200. Hic, quia legata in universum dodrantem totius assis non excedunt, videri poterat, quicunque casus exsisteret, integra legata præstanda. Nam cum una esset institutio, videbatur semel tantum, & unica Falcidia, ratione totius assis, inducenda. Cui consequens videbatur, ut casu substitutionis eveniente, alter oneratus, licet in semisse hereditatis tantum 200. acciperet, tamen 250. & ita ultra vires portionis suæ, videlicet 200. a se relicta, & 50. ex relictis a pupillo (Reliqua enim 50. exsolvenda a consubstituto) præstare cogeretur. Neque hoc omnino absurdum videbatur, sed consequens eis, quæ de patrimonii ratione dicta erant; id videlicet spectari, quod fuit tempore mortis, ut si tum ex asse quadrantem relinquant, legata plena præstanda sint. Sed ratio decidendi in regula illa: In singulis heredibus rationem Falcidiæ componendam esse. Quæ licet sit de institutis, ac heredibus testatoris, ex ratione tamen eadem trahitur quoque ad substitutos, uti hoc quidem noster recte exponit.

Ut enim opes patris, & contributio.

Opus, legendum esse, non 9 *opes* ut in Pandectis Florentinis, & absurditas huius scripturæ, & sententia loci manifeste arguit. Nam primum plane absurdum est dici opes, & facultates patris capere formam, & originem a patre, qui eas possidet. Res, quæ sunt in bonis cuiusque nisi sint quæ artificio hominum constant, formam suam a natura accipiunt, non a possessoribus. Et prius sunt in rerum natura, a qua & originem suam habent, quam incipiant esse in opibus, aut bonis cuiusquam. Multo absurdius, si quis dicat, opes patris accipere formam, & originem ex testamento patris. Prius res esse oportet, quam testamentum, ex quo res quæ sunt, deferantur. Neque testamentum res nostras facit; sed quæ nostræ sunt, in testamentum conferuntur. At *opus* recte convenit, estque omnino ex ipsius loci sententia. Opus patris vocat Papinianus hoc loco secundas tabulas, & quidquid in his tabulis recte factum legitur. Recte *opus patris*, quia pater hoc quidquid est, facit. Nam & facit secundas tabulas, quod est testamentum impuberis; & heredem, qui eo testamento datur impuberi, ipse pater substituit filio, non filius sibi. *L.* 2. *in pr.* §. 1. §. *prius.* *D. de vulg.* Iam vero quam hoc recte dicitur id totum opus inde capere formam, & originem? Intelligit enim testamentum impuberis, & quidquid in eo est, accipere formam, & originem, idest, accipere ut sit, & consistat, inde, idest a patre, de quo modo locutus erat, ac per hoc ex testamento patris. Qua sententia constat, nihil esse per se verius. *d. L.* 2. §. *quisquis. D. de vulg.* Hoc autem ipsum sentire Papinianum, declarat, quod de contributione legatorum simul annectit. Dicit enim & contributionem legatorum similiter inde capere formam, & originem. Scimus contributionem legatorum eum dicere, cum quæ legata secundis tabulis relinquuntur, contribuuntur cum his, quæ primis tabulis relicta fuerant. Unde igitur illa contributio, ut fiat, vim accipit? An non ex eo, quod omnia hæc legata sic accipiuntur, quasi pater suo testamento a suo herede reliquisset? *L. in duplicibus.* 79. *in fin. eod.* Quod si huius contributionis vis ex patris testamento: an non & superioris operis paterni vim a patris testamento esse intelligit Papinianus, qui illa una oratione coniunxit? Iam quam hæc proposito probando conveniant, videamus. Ita vero conveniunt, nihil ut possit fieri convenientius. Est igitur argumentum huiusmodi. Ut secundæ tabulæ, & quæ in his a patre fiunt, item contributio legatorum, qualem diximus, ut sint illo modo, quo illa esse, & consistere dicimus, inde accipiunt, quod existimentur esse a patre, seu ex testamento patris; sic ipsa quoque substitutio impuberis secundis tabulis facta ita accipienda est, ut videatur primis tabulis scripta esse, quo inde vim, & originem capiat; atque hoc modo fiat, ut substitutio pro institutione ipsa patris habeatur. Atque hinc etiam illud, quod Papinianus ait, ut plures substituti revocandi sint ad intellectum institutionis, idest, intellectu perinde habendi, quasi essent instituti; sed, ut adiicit, subducta persona pupilli. Ideo adiectum, quia substituti non ante vocantur ex substitutione, ut heredes sint, quam pupillo sublato de medio, cuius mors substitutioni locum faciat. Quod si ante heredes esse non possunt, ne pro institutis quidem ante haberi possunt. Iam vero si duos istos substitutos, qui hic proponuntur, fingeremus esse institutos, & unius portio onerata esset, nemo dubitaret, quin portionis suæ quartam partem habere deberet, cum certi iuris sit in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ poni debere. *L. in singulis.* 77. *eod.* Quare & in pluribus substitutis impuberis idem faciendum erit, cum pro heredibus patris haberi debeant in eo, quod in eos pater ex substitutione contulit.

Quid tamen dicemus de altero, qui non est oneratus.

Non est oneratus sic accipe, ex sua persona. Ut si fingas, sicut ante posui, centum ab eo secundis tabulis fuisse relicta, cum ad ducenta ex substitutione vocatus esset. Finxi enim quadringenta fuisse in bonis patris.

Et

9) Sed recta Florentina & recepta lectio, neque hac immutatione, neque etiam traiectione verborum, quam Goveanus in d. §. 6. facit, opus. Ubi IC. sic loqui reperimus: Opus patris, id est actus a patre celebratus: Opus facere, inchoare, incipere, perficere, locare, exstruere, demoliri, nunciare legimus frequenter, sensu longe diverso. Opus pro actu aliquo, & dispositione vel inter vivos, vel ultima voluntate nullibi inveniri arbitror. Et utut sic dici posset, eccur tamen IC. hic cum speciale nomen suppeteret, uteretur generalissimo. Nec absurde dicuntur opes patris capere formam, & originem ab eo. Licet enim res ipsæ, quæ sunt in opibus a natura, ut sint, acceperint, tamen, ut sint in bonis, & *opes* habent a patre, qui eas acquisivit: Opes enim non pro rebus, sed pro bonis, ac patrimonio usurpantur; ut *L.* 3. ibi. *&* *hereditatis opibus adiuvare*, & ibi *amplificatis opibus*. *C. de natural. lib.* & apertius in *L.* 7. *C. de inoff. donat.*

Et aliquid ultra dodrantem ſit.

Quod neceſſario eventurum eſt in ſpecie propoſita. Cum enim ducenta ab impubere legata ſint, illo mortuo, ex perſona impuberis centum accedent, quæ hic ſubſtitutus nomine illius præſtet. Ita iam ducenta efficientur. Centum enim ex ſua perſona, centum ex perſona impuberis debebit. Id autem totam ſubſtituti portionem exhaurit, qui ex ſubſtitutione, ſi integris patris bonis ſtatim ſucceſſiſſet, habiturus ſolum fuerit ducenta.

At quin quartam habet.

Ubique [10] ſic accipe quartam habere illum, & non fuiſſe oneratum ex ſua perſona, & ſi ſolum eius perſonam remota filii perſona ſpectes.

Neque idem patitur inſtituti comparatio.

Senſus eſt, neque ſi hunc ſubſtitutum, de quo quærimus, inſtituto comparaverimus, id eſt, finxerimus perinde eſſe, quaſi ſubducta perſona pupilli, patri heres exſtitiſſet; idem tamen patietur hæc comparatio, quod in altero ſubſtituto iam diximus, ut propter hanc cauſſam hic quartam ex ſua portione retinere poſſit, ſicut illum diximus poſſe ob id, quod illum ad intellectum inſtitutionis revocandum eſſe diximus. Et cur non idem? quia etiam ſi hunc ſubſtitutum pro inſtituto habeamus, non tamen eius portio onerata fuit, ut illum rationem legis Falcidiæ inducere poſſe dicamus, ſicut ille potuit, qui fuit oneratus.

Rurſus ſi negemus, aliud quam quod vulgo probatum eſt, reſpondetur.

Nam ſi negemus, hunc, cum ducenta præſtet, & ſupra dodrantem ſuæ portionis quartam eius portionis poſſe retinere, & ſolum ea legata ſpectemus, quæ ab ipſo legata ſunt, aperte negemus legata contribui, tam quæ primis tabulis ab inſtituto, quam quæ ſecundis a ſubſtituto relicta ſunt. Quippe cum ſi omnia contribuantur, & præſtentur habita legis Falcidiæ ratione in iis bonis, quæ pater cum moreretur, habuit, neceſſe ſit, hunc quadrantem de eius ſubſtituti portione detrahere; quoniam ab initio legata omnia eius portionis dodrantem exceſſerint. Atqui iam ante vulgo probatum eſſe diximus legata omnia contribui. Si igitur hunc negabimus quartam deducere poſſe, aliud aperte, quam quod vulgo probatum eſt, reſpondebimus. Quod cum abſurdum ſit, neceſſe eſt hunc quoque ſuæ portionis quartam partem retinere poſſe dicamus. Itaque concludit Papinianus, utrumque iſtum ſubſtitutum pariter quartam de ſua portione retenturum, cum legata ſupra dodrantem ſuæ portionis uterque præſtet. Solum, inquit, in eo varietas exſiſtet, quod alter tanquam inſtitutus deſiderabit quartam, alter ut ſubſtitutus detrahet.

Velut inſtitutus deſideret quartam.

Quia legata ſuo nomine præſtat ſupra dodrantem portionis ſuæ, etiam ſi non accedant ea, quæ pupilli nomine ſolvi debeant, ut a ſubſtituto. Itaque hunc prius in inducenda Falcidia ex ſua perſona inſtituto comparavit.

10) Nec hæc expoſitio placere poteſt. Nam nihil immo habet ante exſiſtentem conditionem ſubſtitutionis. Nec poteſt vel oneratus, vel non oneratus ſubſtitutus prius haberi pro inſtituto, quam *ſubducta perſona pupilli*, id eſt eo mortuo. Mortuo autem eo, certiſſimum eſt in ſpecie Donelli, æque eum oneratum ac eius portionem exhauſtam. Sed & hypotheſin Donelli non convenire patet inde, quod hic dicitur, *aliquid ultra dodrantem eſſe in omnibus*. Quibus ſignificatur aliquantulum excedere legata dodrantem, non totam hereditatem exhaurire. In ſpecie vero, quam noſter ponit, legata non tantum exhauriunt, ſed immo aſſem excedunt. Puto autem non in eadem ſpecie in verſ. *Quid tamen*, exprimere ICtum quid iuris in altero non onerato ſubſtituto ratione quartæ. Nam cum in priori ſpecie ne quidem accedentibus legatis ex perſona pupilli pro ſua dimidia præſtandis, ultra dodrantem oneratus reperiatur, nec illi quæſtioni locus eſt. Sed tranſire eum ad aliam ſpeciem, quod & convincunt verba, *de alterutro*. Non dicit *de altero*, in caſu relato, ſed *de alterutro*, id eſt uno ex duobus, ſive hic ſit, ſive ille. Species ſic poni poterit: Habens 400. in bonis datis filio inſtituto, a quo legavit 60. duobus ſubſtitutis Caio, & Seio: a Caio legat ſecundis tabulis 170. & ſic is oneratur ultra dodrantem ſuæ portionis. A Seio relinquit 150. & ſic is nomine proprio non eſt oneratus. Propter tamen accedentia 30. ex perſona pupilli reperitur oneratus, cum legata, ſi integra præſtanda ſint 180. & ſic 20. tantum retineret, nec quartam ſuæ portionis. Quæritur igitur, an Falcidiam inducat. Ratio dubitandi quia hic non eſt locus comparationi inſtituti, ut in priore ſpecie. Ibi enim oneratus tantum ex ſua perſona habetur pro inſtituto, ac ſi primis tabulis ſcriptus eſſet. Hic, ſi idem dicamus, eveniet, ut a ſe tantum legata præſtaret 150. a pupillo autem relicta, omnino intercciderent; quia fingitur inſtitutus, non poteſt aliquid præſtare ut ſubſtitutus. Nec poſſunt duo diverſi reſpectus in unum, ratione eiuſdem concurrere. Non poteſt quis in eodem ſemiſſe cenſeri inſtitutus primo, & ſecundo gradu, tametſi poſſit in diverſis aſſis partibus; ut cum coheres coheredi ſubſtituitur. Quod ſi itaque pro inſtituto eum habebimus, non poterit videri oneratus, cum legata a ſe tantum relicta præſtet, & ita quadrans ipſi citra deductionem integer ſit: Atque hunc ſenſum eſſe ſuſpicor verborum *atquin quartam habet*, &c. Contra tamen deciditur ex ratione ea, quam Donelius noſter exponit. Atque ita Caius nomine proprio deducit quartam, quaſi inſtitutus, quia nihil eſt, quod in perſona eius fictionem impediat. Seius vero ut ſubſtitutus beneficio contributionis. Cuiac. 4. *Obſ.* 35.

Alter, qui non est oneratus, ut substitutus.

Si enim hunc tanquam institutum ex dimidia parte fingeres, nihil detraheret: quandoquidem hoc modo non est oneratus. Cum vero tunc oneratus esse incipiat, cum legata pupilli nomine præstat, idque faciat tanquam pupilli substitutus: recte colligitur, si propter contributionem eorum legatorum, quæ nunc præstat, Falcidia utatur, id eum tanquam substitutum facere, non tanquam institutum. Verum, ut ante dixi, sub qua persona uterque Falcidiam indueat, dummodo quadrantem suæ portionis retineat, in re ipsa nihil interest. Tantumque hæc varietas a Papiniano exposita eo pertinet, ut utrumque posse detrahere quadrantem suæ portionis probet, sive tanquam institutus id faciat, sive tanquam substitutus.

Huic consequens est.

Cum ita quædam legata sunt primo, ut modum legis Falcidiæ non excedant, verum accidere tempus potest, cum alia legata existant, quæ sub conditione relicta sunt, ac tum omnibus contributis legi Falcidiæ locus fiat: ipsa quidem, quæ nunc præsentia sunt, solida præstantur, sed hac lege, ut legatarius satisdet, se quanto amplius per legem Falcidiam licet, ceperit, esse restituturum, si forte illud tempus venerit, cum alia debeantur. Id quod accidit inter cætera, cum a pupillo quædam legata sunt, quæ non excedunt dodrantem paternæ hereditatis. Hæc enim solida a tutoribus præstanda sunt. Sed quia verendum est, ne, impubere eo mortuo, alia legata inveniantur, quæ, contributione facta, dodrantem excedant: officium tutorum est, ut, in legatis ex persona pupilli solvendis, curent, sibi caveri a legatariis, ut quanto amplius ceperint, quam per legem Falcidiam licet, id restituant. *L. 1. D. si cui plus, quam per leg. Falc. lic. L. 1. §. interdum. ad leg. Falc.* Fingamus igitur, ita pupillo de Falcidia fuisse cautum: Ea stipulatio videlicet, inquit Papinianus, heredibus pupilli, id est, substitutis, mortuo pupillo, committetur, pro ea portione, quam sibi quisque de legatis in quartam retinere potuisset.

C A P. XXIV.

In computatione legatorum ineunda, quæ pro legatis habenda sint, & quanti quæque æstimanda, cum hoc quæritur, an supra dodrantem legatum sit.

An supra dodrantem legatum sit, cognoscitur ex comparatione legatorum cum patrimonio. I.

Omnibus contributis legatis, iisque æstimatis, intelligitur quantum sit legatum. II.

In hanc contributionem non solum veniunt legata, & fideicommissa, sed & donationes tum causa mortis, tum inter virum, & uxorem morte confirmatæ. III.

Item ea, quæ mortis causa capiuntur: videlicet, quæ heres implendæ conditionis causa præstare cogitur, ut heres existat. IV.

Cæterum, quibus non erogatis, nihilo minus heres esse potuit, ea non imputantur. V.

Epilogus. VI.

Legatum, si inutile, in Falcidiam non imputatur. VII.

Si inutile, solum commodum imputatur, quod ex eo percipitur. Huius rei tria exempla. VIII.

Si creditori debitum legatum, ita tamen, ut plus sit in legato, quam in nomine, non totum, sed in tantum, quod commodum adfert, in computationem venit. IX.

Si fundus certo pretio vendi, aut emi iussus, non totum pretium, nec totum fundum, sed quod ultra iustam æstimationem fundi fuit, quanto pluris emit, minoris vendidit, heres computabit. X.

Aliud est si fundus decem dignus, legatus sit Titio sub conditione si quinque heredi daret; nam totus fundus computabitur. XI.

Immo & si fundus, cuius iusta æstimatio decem, sub conditione si decem daret heredi relictus, fundus tamen totus veniet. Ratio differentiæ. XII.

Si in diem, aut conditionem legatum sit, quantum interim heres lucraturus ex fructibus, vel usuris, tanto minus erogare censetur. XIII.

Pre-

Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. XIV.

Annua legata, alimenta, usufructus commune pretium non recipiunt. Quare. quid de his censuerint veteres. XV.

Si quid annuum reipublicæ relictum, tantum censetur legatum, quantum sufficit sorti ad usuras trientes eius summæ colligendas. XVI.

Cur ad usuras trientes, non ad semisses, vel besses fiat æstimatio. XVII.

In annuo legato privato relicto sie æstimatio fit adversus legatarium, ut, si in præsenti non excedat dodrantem, solidum solvatur. Cum autem ille annus venerit, ut, collatis pensionibus praecedentium annorum, dodrans excedatur, retro omnia legata singulorum annorum minuuntur. Et in his præstandis quæ cautio. XVIII.

Si inter heredem, & alios legatarios apud iudicem Falcidiæ ratio habeatur, tanti legatum æstimatur, quanti venire potest; mortuo eo, nihil aliud spectatur, quam quid heres ex ea caussa præstiterit. XIX.

Nonnullæ obiectiones diluuntur. XX. XXI.

In alimentis, & usufructu computationi faciendæ hanc esse formam Macer scribit, ut a prima ætate usque ad annum 30., computatio annorum triginta fiat; ab annis vero 30. tot annorum, quot ad annum 60. deesse videntur; post 60., quinque deinceps anni semper numerentur. Probatur, hanc computationem etiam ad cætera legata annua pertinere. XXII.

Utrum in æstimando usufructu Reipublicæ legato triginta annorum computatio facienda. XXIII.

I. POstquam ex lege intelligimus, supra dodrantem hereditatis legare non licere, quo fiat, ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento capiant, & quorum heredum caussa id caveatur, tenemus: proximum erit ad propositum legis obtinendum, ut, si contra factum esse dicetur, an id ita factum sit, quæratur. Sic enim fiet, ut si comperiatur supra dodrantem legatum non esse, solida legata debeantur. Sin contra, tum ad pœnam legis in minuendis legatis iusto ordine progrediamur. An supra dodrantem legatum sit, nec ne, sic constare potest, si ex una parte quantum legatum sit, ex altera quantum sit patrimonium defuncti, cognoverimus: ut proinde circa legem Falcidiam utriusque rei quantitas exquirenda sit. Ita enim cum amborum subducta ratione summas collegerimus, facile cum inter se comparabuntur, num legatorum summa patrimonii dodrantem excesserit, videbimus.

II. Quantum legatum sit, omnibus contributis legatis, quæ eo testamento præstanda sunt, iisdemque quanti re vera sunt, æstimatis, facile intelligemus.

III. Ac primum in hanc contributionem sciendum est venire non solum legata, [1] & fideicommissa, quæ proprie ita dicuntur, & de quibus lex nominatim cavet, sed etiam quæcumque donationes legatorum numero sunt, quia morte confirmentur. In quo genere habentur donationes caussa mortis factæ. Quæ & ipsæ lege Falcidia minuuntur. Morte enim testatoris, ut legata confirmantur. *L. si mortis. L. penult. C. ad leg. Falcid. L. circa. 66. §. ultim. D. eo. tit.* itemque & [2] donationes inter virum, & uxorem factæ,

1) Licet enim Duar. *h. t. C.* 7. Pachinæ. 5. *Contr.* 12. contendat, ad fideicommissa singularia non pertinere legem Falcidiam, sed SC. Pegasianum per. §. 5. vers. *ex singulis I. de fideic. hered.* & quia tempore latæ legis Falcidiæ fideicommissorum nullæ vires: contra tamen aliis videtur ex fideicommisso singularibus Falcidiam, non Trebellianicam, deduci, iisque legis Falcidiæ interpretationem accommodatam esse per SC. Pegasianum, Chiflet. *Lib.* 2. *de iur. Fideic. C.* 3. *& Lib.* 4. C. 8. P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 6. *& C.* 34. *n.* 7. Simon. de Præt. *Li.* 3. *de in Interpr. ult. vol. Interpr.* 3. *Dub.* 1. *sol.* 2. *n.* 7. Peregrin. *de Fideic. Art.* 2. *n.* 1. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 6. maxime iure novo, quo fideicommissa singularia per omnia legatis exæquata, vid. Vasq. *Li.* 2. *de Succ. resol.* §. 11. *n.* 11. ubi ad *d.* §. 5. Resp. eamdem retentionem esse in particularibus fideicommissis, sed non dici quo iure fiat. Et immo dum dicitur, eamdem *permissam* esse innui Falcidiam iam olim inductam in legatis, nunc translatam esse ad fideicommissa. Quod si de Trebellianica sentiret Imperator, diceret inductam esse. Sane huius opinionis veritatem vel inde liquere puto, quod Trebellianicæ quarta introducta magis ultimæ voluntatis sustinendæ caussa, ne aditione defecta irritaretur, quam favore heredis. Et simul inductum, ut heres cogatur adire, vid. *supr. Li.* 7. *C.* 21. *& seq.* At non cogitur adire heres, a quo fideicommissa particularia relicta *L.* 14. §. 6. *ad Treb.* Ubi igitur non est necessitas, & compulsus adeundi, ibi nec quadrans Trebellianicus. Deinde nulla dubitandi ratio esset in *L.* 47. §. 1. *h. t.* an legatarius in relictis a se inducat Falcidiam, si quidem iure Digestorum tantum fidei legatarii committi potuit, non ab eo legari. Eo ipso itaque quod negatur legatario ex fideicommisso Falcidiæ deductio, conceditur heredi. Effectus autem quæstionis, & usus magnus. Nam plura imputantur in Trebellianica & melius agitur cum herede, si retineat Falcidiam. vid. *infr. C.* 26.

2) Idem erit si acceptilatione mortis caussa, ut fieri potest *L.* 31. §. 1. *de mor. ca. do.* debitum remissum sit, Gov. *ad L.* 15. *pr. h. t. n.* 2. Et in usufructu omnium bonorum mortis caussa coniugi donato habere locum legem Falcidiam. Modest. Pist. *P.* 4. *Q.* 160. In Electoratu Sax. *ex Nov.* Augusti 1. *P.* 3. Falcidiæ in donationibus mortis caussa locus non est, ab intestato scilicet. Quo casu nec iure civili Falcidiam detrahi cum Græcis statuit P. Fab. *ad L.* 18. *de R. Iur. cir. fi. per L.* 20. §. 1. *de leg. præstand.*

factæ, quæ morte donatoris, cum eum non pœnituisset, confirmatæ sunt, eadem ratione 3 *L. in donationibus. C. eod. L. cum hic status. in princ. de don. int. vir. & uxo.*

IV. Quæritur de his, quæ heres ita dat, ut ab eo qui accipit, 4 mortis caussa capiantur. Sic enim dicuntur capi ea, quæ nec hereditario, nec legati, aut fideicommissi, aut ullius mortis caussa donationis iure capiuntur; sed tamen quorum extra has caussas capiendorum occasio per mortem testatoris obvenit. *L. mortis caussa. 31. D. de mort. cau. don.* Veluti, si quis institutus sit sub conditione, si Titio decem daret, & conditionis implendæ caussa dederit. Hæc decem ita data mortis caussa capi dicuntur. *L. inter. D. eod.* Quia scilicet nihil hic testator in Titium collatum voluit, ut in speciem aliquam legati, vel fideicommissi caderet. Heres enim institutus, si volet, dabit; si non vult, nulla res cogit eum dare, ut heres fiat. *L. si quis sub conditione. D. si quis om. caus. test. L. nec emere. C. de iur. delib.* Et tamen si dederit, negari non potest, quin eorum capiendorum occasio Titio per voluntatem testatoris obvenerit. De hoc genere, inquam, quæritur, si quid ita ab herede legatum fuerit, possitne heres in Falcidiam, id est, in contributionem legatorum imputare, ut, si hac pecunia accedente, & imputata, relictorum summa excedat dodrantem, etiam legis Falcidiæ ratio haberi debeat, ut & reliqua, quæ ex testamento data sunt, & hæc ipsa decem ad modum, quem lex Falcidia exigit, minuantur. Si verba legis sequimur, negabimus, hanc pecuniam in contributionem relictorum venire: quia lex de legatis loquitur, hæc autem pecunia neque legatum est, neque legati vim habet, ut quæ nulla necessitate obstringat heredem. *d. L. si sub conditione. si quis omis. cau. test.* Et fortassis ita obtinuerat sententia apud veteres. 5 Iustinianus autem magis mentem legis, quam verba secutus, constituit, hoc quoque totum genus præstationis cum legatis ipsis, quæ proprie ita dicuntur, in Falcidiam, & contributionem legatorum sic imputari, si quis sub eiusmodi aliqua conditione heres sit institutus, & dederit. Sic autem imputari, ut sive id per se excedat dodrantem hereditatis, revocari debeat ad modum legis Falcidiæ, ne supra dodrantem heres præstare cogatur: sive non per se, sed cum aliis excedat, ipsum & imputari debeat in contributionem legatorum, & una cum reliquis pro portione minui. Hoc ille in *L. penul. C. ad leg. Falcid.* optima ratione. Nam si id heres conditionis implendæ caussa præstare cogetur, ut heres exsistat, neque tamen id in Falcidiam imputare licebit: inventa erit ratio, qua his erogatis propter hereditatem, heredes quartam partem hereditatis non habeant. Simul & in eo aperte lex circumvenietur. Si quid enim totum Titio præstari volemus, quod si legaremus, solidum propter legem Falcidiam præstari non posset, id scilicet non legabimus, sed heredem instituemus sub hac conditione, si id Titio dederit, & ita iam id solidum præstabit, ut nec in Falcidiam imputetur. Quod fit aperte in fraudem legis. Sed hoc in eo herede solum cavet Iustinianus, qui ipse institutus est sub conditione, si decem daret.

V. Non idem probandum est, si quid heres præstiterit, quod ita erogare non cogeretur, ut simul si non præstaret, nihilominus heres esset, tametsi quod erogaverit, mortis caussa capiatur. Ut in hac specie receptum est: heres meus, si penum non dederit, decem dato. In qua placet, si heres decem dederit, ea in Falcidiam imputari, quia vere legata sunt. Sin evitandæ pœnæ caussa maluerit penum dare, penum in Falcidiam non imputaturum. *L. 1. §. item si ita D. ad leg. Falcid.* At enim penus hic mortis caussa capitur. Sed non est legata. Atqui fatemur, ne in superiore quidem specie decem conditionis implendæ caussa legata esse, quæ tamen in Falcidiam imputari dicimus. Ita est: sed non hæc sola ratio in proposita specie removet Falcidiam, quod penus non sit legata: sed hoc accedit amplius dissimile a priore, quod nihil hic proponitur ex verbis, aut mente

3) *L. 15. §. 5. D. h. tit.* Quid igitur si iure Saxon ubi consanguinei heredes uxoris tantum in immobilibus, uxor donet marito omnia bona, an heredibus uxoris debetur Falcidia ex omnibus bonis, an vero in immobilibus solis? Quærit Modest. Pist. *P.* 1 *Q.* 48. & indecisum, hæsitans fere, relinquit, vid. Iac. Scultet. *ibid. in Addition*

4) Mortis caussa capionem esse cum non specialis dispositionis sufficit Simon. de Prætis *Lib. 2. de int. ult. volunt. interpr. 1. Dub. 1. solut.* 6. Maret. *Tr. Quartar. C.* 7. *n.* 11. definit: Relictum innominatim, cuius capiendi mors occasionem præbet. Ibidem notat, hoc specialiter esse mortis caussa capionem; generaliter vero omne relictum præter institutionem, per voculam, *&c.* implicativam in *L. 38. de mor. ca. don.* Sed deficit hæc descriptio. Nam & non relictum, quodque nec ex iudicio testatoris percipitur, mortis caussa capi dicitur, ut hereditatis omittendæ caussa datum vel promissum, *L. sunt. 24. de acq. her.* Vid. & Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 14. *n.* 1.

5) Gov. *ad L. 1. § 8. h. t. n. 1.* regulam negativam constituit, quia hæc præstat heres ex voluntate, ut defugiat onus legati. Decisionem autem *d. L. pen. C. h. t.* casum propositum non egredi.

te legis, eur penus, quæ mortis cauſſa capitur, in Falcidiam imputari debeat. Ea enim hic non imputata, non ideo quidquam fit in fraudem legis. Nam ſi decem, quæ legata ſunt, heres dederit, ea in Falcidiam imputabit, & de his, ut de cæteris legatis, Falcidiam detrahet. Quod ſi maluerit penum dare, ſibi imputare debebit, non teſtatori, per quem nihil factum eſt, quominus heres in eo, qnod legatum erat, ex eius voluntate legis Falcidiæ beneficio uteretur. Ex quo idem Paulus tractat in *d. L.* 1. §. *item ſi ita*. in hoc legato heres meus penum dato, ſi non dederit, decem dato, num penus legata ſit, neene. Huc ſpectans videlicet, ut ſi conſtiterit, legatam eſſe, in contributionem cæterorum legatorum veniat; ſi non ſit legata, non veniat. Ait igitur, legatam videri, si [6] antequam moram feciſſet heres, eam reſtituerit; si mora facta eſſet, ideſt, si interpellatus non dediſſet, ex eo deſinere deberi, ac, velut conditione exsiſtente, qua verum sit, penum datam non eſſe, cum teſtator voluit, legatum penus in decem transfundi. Ita eveniet: ut, si poſt moram penns ſoluta sit, quia mortis cauſſa capitur, in Falcidiam non imputetur. Hæc ille. In qnibus & penum a principio deberi oſtendit, quanvis ita peti non poſſit, ut heres eam dare cogatur, unde nec in [7] petitione eſſe eam Ulpianus ſcribit *L.* 1. *de pe. leg.* & eamdem poſt moram non eſſe legatam nec deberi ſignificat, & tamen ſolvi poſſe. Neque hæc inter ſe contraria ſunt; quanvis prima fronte conſequens videri poſſit, ſi poſt moram desierit penus deberi, decem ſola eſſe præſtanda: quia, iuxta regulam iuris, aliud pro alio invito creditore ſolvi non poſſit. *L.* 2. §. 1. *ſi cer. pet.* Non enim ideo penus poſt moram ſolvi poteſt, qnia adhuc debeatur; ſed qnia heres ex iure perpetuo rem, quam debuit, poſtea offerendo, moram purgare poteſt uſque ad litem conteſtatam. *L. ſi ſervum.* §. *ſequitur L. ſi inſulam. D. de verbor. oblig.* Poſtremo eum penum legatam fuiſſe dicit Paulns, eamdemque poſt moram in deeem transfundi: Significat, in hac ſpecie diverſis temporibns duo legata eſſe, ſed in re ipſa unum; quia aut penus ſoluta debeatur, aut cum deſierit deberi, tum ſuccedant decem illa, atque incipiant ſola deberi. Recte igitur Ulpiaous in *d. L. cum ſine. quan. dies leg. ced.* unum hic legatum eſſe ait, & ſtatim peti poſſe. Aut enim cum penus ab herede petetur, heres eam dabit, & una res eſt; aut moram faciet, & ſtatim decem efficaciter peti poſſe incipient.

VI. Sed redeo ad rem: cuius hæc ſumma eſt, ut in computationem relictorum ex lege Falcidia ſolum veniant legata, & fideicommiſſa, & qnæ legatis comparantur donationes tum cauſſa mortis, tum inter virum, & uxorem. Ea vero quæ mortis cauſſa capiuntur non veniant, præterquam ſi quis ſit heres inſtitutns ſub conditione ſi decem dederit, & conditionis implendæ eauſſa decem det. Quæ, quanvis mortis cauſſa capta, tamen in Falcidiam imputari diximus.

VII. Sed non omnia legata teſtamento relicta in Falcidiam imputantur. In eo hæc generalis præceptio eſt, ut tantum ex hoc genere imputetur, quaotum in legato utile eſt. Cæterum ſi quod legatum inutile eſt, id in totum non imputetur. Si qnod autem eſt utile, non tamen longius imputetur, quam quatenus utile eſt, ſeu quam quantum eſt commodum, quod ex legato percipitur. Iam primum inutilia legata, & quorum nomine nihil heres ſolvit, non imputaotur. Abſurdum enim ſit, quod heres non erogaverit, id eum legatariis reputare ob id ſolum, qnod teſtator ſe dare dixerit, quod vere non dedit. Veluti ſi res legata ſit, quæ legari non poteſt: *L. in ratione*. 30. §. *ultim. D. ad leg. Falc.* aut ſi quid ſit ipſi heredi a ſemetipſo, vel ſervo eius, aut etiam a ſervo eius [8] herede inſtituto legatum *d. L. in ratione. §. penult. L. ſi a ſervo*. 20. *eod. tit.* Huc pertinet, quod placuit, ſi quis creditor nomen debitoris ſui legaverit, neque debitor ſolvendo ſit, non modo de eo nihil poſſe detrahere heredem, eum nihil legatarius accipiat: ſed nec cæteris legatariis poſſe eum id reputare, eum re vera

6) Obſt. *L.* 19. *pr. Quan. d. leg.* Govean. *ad d. L.* 1. §. 8. *h. t.* Reſp. non dici in *d. L.* 19. unum legatum eſſe, ſed *intelligi* ſcilicet quoad ceſſionem diei, & petitionem, quia ſola 10. peti poſſunt, & ſolius iſtius legati dies cedit.

7) Marq. Freher. 2. *Parergr.* 28. utilitatis cauſſa receptum eſſe, ut, ſi non penus confeſtim detur, pecunia ſtatim peti poſſit. Nec expectandum, dum certum ſiat penum dari non poſſe. Idque quia utile eſt hoc legatum quanto ocyus ſolvi. Atque hæc res maturationem deſiderat, cum vitæ neceſſitates alimenta contineant. Et penus ſi dari differatur, mora ſit deterior, cum res ſervando ſervari non poſſint. Non autem eſt quod A. Fab. 12. *Coniect.* 17. verſic. *ult. puto tamen, &c. d. L.* 1. *de penu leg.* Triboniano adſcribat. Nec moveri debuit vocula *indevotione*, quaſi ea illatina, ac Ulpiano indigna. Quidni enim ſic dixerit Ulpianus quomodo Paulus *indiligentiam* in *L.* 9. §. 6. *de Publican.*

8) Non obſtat *L.* 25. *de leg.* 1. Nam omnino diverſa ſunt imputari in Falcidia *d. L.* 25. & computari in ratione Falcidiæ ineunda *d. L.* 20. *h. t.* Pac. 6. *Q.* 47. vid. Menoc. *de Arb. C.* 256. *n.* 46. *& ſeq.* Nam immo ideo imputatur, quia non computatur, ſed iure hereditario percipitur. Vid. *not. ſupr. h. Lib. C.* 7. *N.* 4. Ut mirandum ſit, quod velit Cuiac. *ad L.* 85. *de R. I.* ICtos diſſenſiſſe.

vera nihil fit in legato. Sed hoc ita est, si alii legetur, quod alius debet. Quod si debitori ipsi legetur, quanvis solvendo non sit: tamen id imputari in Falcidiam, recte placuit. Existimatur enim, debitor sibi ipsi solvendo esse, & quasi id acceperit, quod illi remissum est, sic etiam totum legatum æstimabitur. Hoc in *L. Nesennius*. 22. §. *ultim. ad leg. Falc.* Ex quo pendet quæstio ab Ulpiano tractata in *L. quærebatur*. 82. *eod.* quem locum satis fuerit notasse, qui huiusmodi est, ut cognita occasione quæstionis, lectione ad rem explicandam solum egeat, non prolixiore, aut accuratiore interpretatione.

VIII. Sed etsi quod legatum per se utile erit: non tamen amplius in eo computabitur circa legem Falcidiam, quam quantum est commodum, quod ex eo legato capitur. Exemplo sunt tria genera legatorum: debitum creditori ipsi legatum; fundus vendi, aut emi certo pretio a testatore iussus; legatum in diem, aut sub conditione relictum.

IX. Si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, si quidem amplius sit aliquid in legato, aut in commodo temporis, aut in genere actionis, quam in nomine: totum legatum valet, nec utilitatis solum æstimatio, sed totum petetur, quod datum est. *L. verbis*. 5. *eod. L. si creditori*. 28. *de legat.* 1. Num igitur totum in computationem legis Falcidiæ veniet? Minime, 9) sed id commodum dumtaxat, quod legatum affert. *L.* 1. §. *si quis creditori. ad leg. Falcid.*

X. Item si testator damnaverit heredem, ut fundum emat certo pretio, aut ipse vendat, utile legatum est, ut cogatur vel emere totum fundum, vel totum vendere ei, cui testator voluit. Non tamen si fundum totum venditum dederit heres, totum etiam in legato computabit: sed deducto eo, quod pretii nomine accepit, id solum, quanto pluris fundus valuit. Et e converso qui pretium pro fundo empto numeravit, huic non totum pretium abesse intelligitur, sed id solum quod ultra iustam æstimationem fundi fuerit. *L. in ratione*, 30. §. 1. *eod.* Et hoc est, qui fundum alienum dignum aureis decem iussus est emere quindecim, sola quinque in Falcidiam imputabit: cum, deducto fundo, sola hæc quinque illi absint, & sola sint, quæ in venditorem utiliter conferantur. Et vice versa qui fundum suum, aut hereditarium eiusdem pretii iussus est vendere tantum quinque, his deductis, sola alia quinque imputabit; quippe quæ dum non accipit, sola donare intelligitur. *L. si dignum*. 19. *eod.* Et in summa quod testator a se debitum creditori legavit, aut quod eiusmodi est, in quo heres ex voluntate testatoris a legatario vicissim quid accipiat, id re vera hactenus nec donatum intelligitur: eoque nec eatenus legatum; cum legatum nihil aliud sit, quam donatio a defuncto relicta.

XI. Hoc loco ne quis error ob similitudinem superioris legati obiiciatur, ubi eum, qui pro fundo, qui valebat decem, quinque acceperat, solum quinque dedisse videri diximus: sciendum est, non idem probandum esse, si fundus decem dignus, hac conditione legatus sit Titio, si quinque daret. Ut enim quinque acceperit heres, ac fundum dederit; totus tamen fundus in legato computabitur. *L. ad veterani*. 40. §. 1. *eod.*

XII. Plus dico, etsi sub hac conditione legatus sit, si Titius decem daret, quæ decem veram fundi æstimationem continebant, totum nihilominus fundum legatum videri, deque toto Falcidiam posse detrahi. *L. si fundus*. 65. *eod.* Quia scilicet conditionis implendæ caussa a legatario præstentur. Quod genus dati pro pretio rei legatæ non accipitur. *L. in ratione*.

9) Diss. A. Fab. 4. *Coniect.* 12. volens, non convenisse inter ICtos. Paulum in *d. L.* 1. §. 10. in commodo tantum voluisse induci Falcidiam; Papinianum vero in *d. L.* 5. in toto legato. Atque huius opinionis fortiori ratione niti. (1) Quia liberum creditori petere ex contractu vel ex testamento. (2) Quod si totum legatum utile, necesse sit in toto servari Falcidiam *L.* 65. *h. t.* Sed nulla est quoad hoc ICtorum dissensio. Aperte immo Papinianus *d. L.* 5. superfluum duntaxat Falcidia minui. Rationes autem istæ nec sunt Papiniani, nec fortes; sed Fabri, & debiles. Nullum immo discrimen ratione Falcidiæ inter legatum debiti modum excedens, & inter legatum debiti diei, aut conditionis repræsentationem habens. Sed utrumque totum utile, & ex utroque tantum Falcidia ratione commodi deducitur, quatenus scilicet vel plus est in re legata, quam debita, vel tempore plus est si ex testamento agat, ubi citius consequatur. Quæ vero consequentia? Liberum est ex contractu, vel testamento petere. Ergo si ex testamento, patietur Falcidia in toto legato, non in eo, quod tempore legatum debitum excedit. Liberum est, recte. At unde nisi ex voluntate testantis, quæ nec damnosa creditori, eidemque legatario esse debet, nec potest *L.* 32. *Mand.* Quæ vero hæc iniquitas, creditorem pœnam luere facti, quod commodum aliquod testamento debitoris relictum non aspernatus sit. Atqui sic facile lueret pœnam. Pone enim, deberi Titio 100. ad diem, non ita longum, solvenda forte proximis nondinis. Eadem 100. Caius debitor legat Titio. Hereditas legatis absumpta; Falcidia inducenda. Hic si 25. sint detrahenda legato, eveniet, ut deminutione legati, multo plus damni eveniat, quam sit in commodo diei citerioris, qua legata summa, eademque debita, præstanda foret. Altera ratio Fabri laborat vitio homonymiæ. Nam si *utile* accipis pro *efficaci*, ratio falsitatis aperte convincitur ex *L.* 28. §. 1. *de leg.* 1. ubi legatum totum efficax, & plane non imminuitur per Falcidiam, vid. *supr. h. Lib.* 11. *N.* 15. *&* 16. Sin *utile* accipis pro eo, *quod novum commodum adfert*, ratio vera. Nam & sic noster regulam constituit, sed non adversatur, immo suffragatur. Quatenus enim ex eo nova utilitas, quæ non haberetur, si non legasset testator, eatenus Falcidiam induci verum est.

tione. 30. *§. tametsi. eod.* Sed cur cum quinque pro pretio accepta sunt, de quantitate legati tantumdem detrahi placet: cum autem conditionis implendæ caussa dantur, nihil detrahi: cum hoc plus quam manifestum sit, quinque ista utrobique a legatario ob id dari, ut legatum consequatur; utrobique hæc heredem pro legato habere, legatario vero eadem de caussa abesse? Differentiæ ratio est, quod pretium heres sua caussa capit, ut, hoc deducto, solum quod reliquum pretium est, legatarii caussa det. Quod autem conditionis implendæ caussa datur, [10] legatarii caussa datur, ut, hac re data, totum fundum consequatur. Quod significat Mæcianus in *d. L. in ratione*. 30. *§. 1.*

XIII. Iam & cum in diem quid, aut sub conditione relinquitur, ipsum quidem veniente die, aut exsistente conditione præstandum est: si tamen conditio post decennium forte exstiterit, non videbuntur decem legata. Intervallum enim temporis, & interusurium huius spatii minorem facit quantitatem decem. Et generaliter in his tanto minus erogari ex bonis intelligendum est, quantum interea donec dies obtigit, heres lucraturus est ex fructibus vel usuris. *L. circa*. 66. *L. in quantitate*. 73. *§. in diem eod.*

XIV. Sed, ut legatum esse oportet, quod in computationem legis Falcidiæ veniat; sic quanti id sit, quod venit, debet constare: ut efficiatur scilicet certa quantitas legatorum quæ cum quantitate patrimonii deinde conferatur. Quanti sit unumquodque, constabit, si certo pretio, quod servandum sit, fuerit æstimatum. De eo pretio, deque ea æstimatione ita in universum præcipitur, pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter [11] fungi. *L. pretia*. 63. *D. ad legem Falcid.* quo significatur, tanti rem quamque æstimandam esse, non quanti quis privata aliqua affectione æstimet, & sibi redemptam velit; sed quanti est re vera, & quanti omnibus valet. Sic enim interpretatur Paulus in *L. si servum*. 33. *D. ad legem Aquil.* Aut, ut idem interpretemur verbis Ulpiani, hoc dici intelligitur, omnia secundum rei veritatem æstimanda esse: hoc est, secundum præsens pretium. Nec quidquam *formali* pretio æstimandum. Sic enim loquitur in *L. in lege*. 62. *§. 1. ad legem Falcid.* ubi [12] *formale* pretium dici interpretor speciale. Quomodo Latini formam pro specie generi alicui subiecta usurpant. Quod se facere diserte testatur Cicero in Topicis. Recte formale, & speciale dictum in hac re, quod communi opponatur: cum dixerimus, rem unamquamque æstimandam communi pretio, seu quanti omnibus valet. Specialis istius, & non communis pretii, quod negamus hic æstimandum esse, exempla si quis requirit, abunde suppeditabunt. *d. L. pretia*. 63. *L. cum pater*. 60. *§. 1. L. alienus. sequen. ad leg. Falcidiam.*

XV. Sed hæc æstimatio tamdiu locum habet, quandiu proponitur res, quæ certum pretium commune recipiat. Quod si qua erit, quæ non recipiat, alio confugiendum est. At sunt quædam, quæ non recipiunt: in quibus æstimandis ideo laboratum est a iuris prudentibus. Quo in numero sunt annua legata, alimenta, ususfructus legatus. Hæc utique communi iudicio quanti sint, æstimare non possis; quia in his hoc ipsum incertum est, quantum sit in legato: idque propter sequentium annorum præstationes. Cum enim in his quantitas legata non hoc anno solum præstanda sit, sed etiam singulis annis sequentibus: fit nimirum, ut hæ quoque præstationes æstimandæ sint. Atqui aut infinitæ sunt, si legatum perpetuum est: aut, si morte legatarii finitur, incertæ. Incertum est enim, quandiu legatarius vivat. Ita futuri temporis ratio præcipuam quandam in his æstimandis dubitationem adfert. Et omnino harum rerum æstimatio ea est, quæ prudentium iudicio, & regula æqui, & boni adhibita magis eruatur, quam ni-

tatur

10) Illic pretium cum accipitur, cedit loco rei, hic non æque, Gov. *ad L.* 19. *h. t. n.* 2. Non vero, venit in contributionem, si æquo pretio vendere iussus heres, licet etiam tum legatum utile esse possit, *L.* 66. *de leg.* 1. quod interesse possit legatarii habere fundum, ob affectionem. Atque vel hinc etiam Fabri sententia *N. prae.* relata, refellitur. Quis enim dicet, legatum huiusmodi totum minui per Falcidiam ex quo hereditati vere nihil decedit.

11) Haloandri editio habet *finguntur*, & probat Duar. *h. t. C.* 8. *f.* 558. Sed notatur a Rob. 3. *Sent.* 14. (1) quia exemplaria alia consentiunt. (2) Perquam conveniens sensus lectionis vulgatæ; hic videlicet: In locum rerum, quas restitui oporteret, si restitutio fieri nequeat, succedunt pretia rerum, & earum vicem subeunt. (hoc enim est fungi *L.* 2. *§.* 1. *de reb. cred.*) ita tamen, ut in constituendo pretio communis hominum consuetudo spectetur, non privata cuiusque affectio: Optima paraphrasis.

12) P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 24. exponit *formale*, id est conventum a contrahentibus. Scite Duar. *h. t. C.* 8. forma censuali præscriptum per *L. forma* 4. *de censibus*. Sensus. Non inspicitur ea æstimatio, quæ tunc fuit, cum res in censu describeretur; quia forte ex eo tempore aucta vel minuta, sed quæ nunc est. Adhibendum autem est arbitrium boni viri, & experti in censura rerum. P. Greg. *d. n.* 24. Nec spectatur etiam æstimatio testatoris, si dixit: Fundum Tusculanum dignum 100, Titio lego, & is valeat *L.* 15. *§. ult. h. t.* Ac in frumento in speciebus inspicitur, quanti in foro vendi possint per *L.* 18. *§. ult. de mor. ca. don. L.* 14. *de cond. furt. L.* 8. *C. de Cohor.* In fundo, vel re fructus producente quantitatem redituum spectamus. *L. si quos* 18. *C. de rest. vend.* Ac ratio habenda est locorum, temporum, &c. Duar. *h. t. C.* 8. *f.* 558.

tatur iudicio, & ratione hominum communi. Ac de his sic veteres censuerunt. De annuis primum ita, ut in horum aestimatione non idem probatum sit, si quid reipublicae, aut civitati alicui in annos singulos legatum sit; non idem, si quid uni alicui homini relictum; propterea quod illud perpetuum est, cum civitas ipsa non moriatur. *L. annuam. D. de ann. leg.* hoc temporale, quod una cum persona intermoriatur. *L. 4. eod. tit.*

XVI. Ergo, si quid reipublicae annuum legatum sit, scriptum est in *L. 3. §. ult. ad legem Falcidiam.* tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas. Sensus est, eam computationem in hoc legato fieri, quasi ea summa relicta esset, ex cuius fructibus, & usuris, quae non difficile colligi possent, nempe trientibus, quotannis ea summa redigi posset, quae legata est. Ut puta, quatuor annua legata sunt. Videbuntur centum legata esse: quia ex ea tanquam forte quadam trientes usurae colligi possunt tantae summae, quanta legata est. Centum enim aurei trientes usuras reddunt ad quatuor aureos in singulos annos. Quia eorum centesima usura in singulos annos sunt duodecim, cuius usura triens sunt quatuor. Si ergo centum aestimatis, supra dodrantem parebit legatum esse, Falcidia de caeteris legatis centum detrahetur. Quid, de quatuor illis, quae reipublicae quotannis praestabuntur, num Falcidia detrahi poterit? (Nam cur dicamus de centum detrahi, nihil est, cum non statim centum praestentur, tametsi tanti aestimetur, cum res agitur inter heredem, & alios legatarios). Dicemus posse, cum certum sit fore, ut sequentium annorum praestationes locum legi Falcidiae faciant. Sed quomodo id fiet? Pro portione videlicet, ut quantum de centum detraheretur, si semel praestanda essent, tantum de quatuor pro portione singulis annis deducatur. Finge igitur de centum, quartam subduci potuisse, [13] quarta quoque pars de quatuor retinebitur. Atque ita deinceps.

XVII. Sed cur summa legata ad usuram trientem aestimata est potius, quam semissem, aut bessem, aut aliam maiorem? Neque enim parum interest, ad quam usuram aestimemus, quae quo maior erit, eo minor sors in legato esse intelligetur. Ut si fingas octo annua legata esse, & dicas, eam summam videri legatam, ex qua usura bes redigi possit eius summae, quae legata est, centum dumtaxat videbuntur legata. Bes enim usura in singulos centenos aureos in singulos annos est octo aureorum. Sin, ut nunc dicimus, tanta summa legata videbitur, ex qua usura triens eius summae, quae legata est, redigatur, ducenta videri necesse est in legato. Tot enim opus est, ut usurae trientes octo aureorum in singulos annos reficiantur. Et nimirum prudenter ea summa quaesita est, ex cuius usuris legatum annuum sine incommodo reipublicae, & facile colligetur. Id ita fit, si ea statuatur, ex qua levissima etiam usura redigi possit eius summae, quae legata est. Ea porro est usura triens. Quod & ipsum testatur Iulius Capitolinus in vita Anto. Pii, de quo ille ita scribit: Idem foenus trientarium, hoc est, minimis usuris exercuit, ut patrimonio suo plurimos adiuvaret.

XVIII. Sed in annuo legato reipublicae relicto, superior aestimatio excogitata est, quia cum legatum esset perpetuum, res aliter expediri non potuit. Non eadem ratio est, si quid in annos singulos privato relinquatur. Cum enim legatum eiusmodi perpetuum non sit, ut ante diximus, sed cum [14] persona una extinguatur; fructus tantum, & illa praestatio, non res ipsa, unde hic fructus percipitur, legata videri debet. Argumento erit usufructus: qui si legatus sit, quia una cum persona intercidit, non dicimus corpus ipsum, quod fruendum datur, legatum esse, sed fructum dumtaxat, sicut re vera fructus solum legatus est. Si igitur de praestando legato inter heredem, & eos ipsos, quibus quotannis praestandum est, res agetur, res ipsa veritate iudicabitur, ut quantum in praesens nunc praestatur, si non efficiat, ut aliquid supra dodrantem sit, solidum exsolvatur; quia nondum Falcidia locum habet; cum autem ille annus venerit, quo fit, ut, collatis omnibus superiorum annorum pensionibus, aliquid contra legem Falcidiam ultra dodrantem debeatur, iam videlicet retro omnia legata singulorum annorum minuen-

13) Ita & Gov. *ad d. L. 3. §. ult.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 10. Fach. 5. *Contr.* 14. Ang. Matth. *Li. 2. de Via iur. C.* 12. *n. 9. & seqq.* ubi dicit, Paulum Castrensem virum alioqui acutum, & perspicacem, fateri, quod non intelligat *d. §. ult.* Ignorantia inde, quod falso putarent interpretes antiqui, Centesimas esse usuras, quae anno, trientes, quae triennio sortem aequant. Diss. Catellian. Cotta *in Memorabil. v. usura trientes.*

14) Nisi adiecerit testator verba: *& heredibus*, ubi non tantum proximis heredibus, sed omnibus in infinitum debetur *L. 22. Cod. de legat.* ideoque legatum perpetuum. Licet secus fit in usufructu, ubi accipitur tantum proximus heres, ne inutilis reddatur proprietas *L. 13. Cod. de Usufr.* Govean. *ad L. 1. §. 16. h. t. n. 4. & 5.* Unde putarem, adiectis illis verbis, eamdem computationem instituendam in annuis privato relictis, quae in relictis Reipublicae.

nuentur, ac non tantum ea, quæ insequuntur. *L. lex Falcidia*. 47. *eod.* Interim autem dum illud tempus pendet, quia tantisper solida legata præstanda sunt, quæ fieri potest, ut ad legem Falcidiam postea revocentur: ideo hæc cautio erit in his præstandis, ut non nisi interposita stipulatione præstentur, qua legatarii caveant, quo amplius quam per legem Falcidiam licet, ceperint, se restituturos. *L.* 1. §. *si in annos. eod.* Et recte isto modo legatum adversus ipsum legatarium æstimatur. Quomodo enim antequam supra dodrantem legatarius ceperit, legatum eius minuetur, cum præsertim illud nequaquam [15] certum sit tamdiu esse victurum, ut legi Falcidiæ aliquando locus fiat?

XIX. Quod si apud iudicem legis Falcidiæ ratio inter heredem, & alios legatarios habeatur, & quæratur in eo legato annuo, quod alii relictum est, quantum sit: res cogit, ut iam nunc legatum universum æstimetur. Placet autem, vivo ipso legatario tanti æstimandum, quanti venire potest in incerto posito, quandiu legatarius victurus sit. *L. cum Titio*. 55. *eod.* Quis enim dubitet tanti unamquamque rem videri, quanti sua natura vendi possit? Ac vivo legatario in re incerta hanc exstimationem sequimur. Eo autem mortuo nihil amplius quærimus. Certum enim iam fit, quantum heres ex ea caussa præstiterit, ut id solum sequi debeamus. *d. L. cum Titio*.

XX. Hoc si ita est, mirum est, cur Paulus neget in legatis, quæ sub conditione relicta sunt, cum de lege Falcidia quæritur, tantum esse in legato, quanti venire possit, in eoque Proculum contra sentientem reprehendat. *L. in lege*. 45. Eoque magis mirum, quod in legato annuo multa legata sunt, & ipsa quoque conditionalia. *L.* 1. §. *si in annos. eod.* Inest enim hæc conditio, si legatarius vivet. Sed hoc facere videtur in cæteris legatis conditionalibus ea ratione, quod in his unum legatum est, cuius æstimatio eveniente conditione certa sit, ante conditionem nulla. Ut proinde, cautione interposita, si quid supra dodrantem captum sit, nulla fiat iniuria heredi. Cui, deficiente conditione, nihil restituendum est; eveniente autem, certum est statim, quid reddatur, in eamque rem cautum habet. At in legato annuo multa sunt legata, neque cum uno anno aliquid præstiterit heres, certum est, utrum in posterum quid præstet, an nihil, & si præstat, quandiu id faciat. Itaque ne per singulos annos novam Falcidiam inducere cogamur, satis est unam æstimationem conficere, quæ in legato esse videatur, in incerto adhuc posito, quandiu legatum præstetur.

XXI. Sed cur, si legatum tanti est, quanti vendi potest, non eamdem computationem adversus ipsum legatarium, cui legatum est, facimus? quia, ut iam ante significavi, etsi supra dodrantem legatum esse intelligatur, tamen quod legatario detrahas, nihil est. Absurdum sit enim de eo legato quidquam detrahere, quod nondum præstes, nec præstare debeas. Iam vero ut maxime res legata tanti, aut tanti vendi possit: non tamen statim hæc legatario summa repræsentatur. Adversus cæteros nihil aliud sequimur, nisi ut quia tanti æstimatur hoc legatum, per quod efficitur, ut aliquid supra dodrantem sit, ideo de ipsorum legatis, quæ revera illis præstantur, aliquid minuatur. Quod tamen fiet cautione vicissim ab herede interposita, ut si non tandiu vixerit legatarius, ut legi Falcidiæ locus sit, tum quod legato deest, suppleatur. Hæc in *L. in quantitate*. 73. §. *magna. eod.*

XXII. Hoc est igitur, quod in legato annuo esse interim videri queat, si venire potest. At etiam alia computatio in hoc genere fieri potest, quam nobis Macer præscripsit in alimentis, & in usufructu in *L. computationi*. 68. *eod.* Ea autem est, ut, cum de his æstimandis quæretur, computationem tot annorum sequentium faciamus, quot annos probabile est aliquem adhuc supervicturum esse, prout est eius ætas, in qua nunc agit. Idest, ut a prima ætate usque ad annum tricesimum computationem triginta annorum faciamus, quasi tot annorum pensiones debeantur. A tricesimo vero anno usque ad sexagesimum, quot anni deerunt ad sexagesimum. Post sexagesimum quinque deinceps annos semper numeremus. De alimentis quidem, & usufructu Macer loquitur; sed ita, ut non magis superior computatio pertineat ad hæc duo, quam ad [16] cætera legata annua. Contra quam plerique visum est, exi-

Tom. II. Ooo

15) Propter incertum mortalitatis, ait Gov. *ad L.* 3. §. *ult. h. t. n* 4. non potest legatum ulla certa æstimatione censeri, cum ea sola computentur, quæ certa spes est, debitum iri. *L.* 3. *si cui plus quam per L. Falc.*

16) Diss. Govean. *ad d. L.* 68. nec in usufructo eam computationem locum habere posse sentiens, & pro computationem *usuf.* legens *usus*, quia inquit, usus vendi nequit, nec alia potest iniri æstimatio, nisi ex annorum computatione. In usufructu vero potest. Errorem ortum esse ex compendio illo, quo veteres scribebant *Vsusf.* Unde littera f. ab initio dictionis sequentis fumi potuit. Sed recte noster.

existimantibus ideo reliqua annua tanti æstimari, quanti venire possunt, quia etiam vendi possunt: eamdem autem computationem in alimentis fieri non posse, quia nec vendi possunt. Nam primum, ut maxime legatum vendi possit; non eo minus tamen fingi potest is, cui quid in annos singulos legatum est, tot annos victurus esse, quot fingimus eum, cui alimenta, cui usufructus eodem modo relictus est; cum omnia morte legatarii iuxta finiantur. Deinde quod de alimentis, & usufructu dicunt ista venire non posse, quasi personæ cohæreant: in alimentis verum videri potest; in usufructu falsum est; quem constat a fructuario non solum vendi posse invito herede, sed etiam donari, & alio quovis modo in alium transferri, ut alius pro fructuario utatur, fruatur, quandiu ille vivet. *Inst. de usu. & hab. in pr. L. cui usufructus. 67. D. de usuf.* Denique ne annuum legatum ab usufructu, ut rem dissimilem fecernamus: de annuo legato ita scriptum est in *L. in singulos. 8. D. de an. leg.* in singulos annos legatum relictum simile est usuifructui, cum morte finiatur. Itaque puto, quod in his commodum sit, id sequendum esse, ut dicamus, quod commode vendi possit, tanti æstimandum esse, quanti potest vendi: quod non poterit facile, ibi ad eam computationem recurrendum, de qua diximus. Hæc enim pro commodo heredis accipienda sunt, ut certum fiat, quantum ille in legato præstare debeat. Sic tamen, ut perpetuo meminerimus, hanc computationem veritati non præiudicare, quin, mortuo legatario, cui annua relicta sunt, non pluris legatum, nec minoris æstimemus, quam quantum illi re vera solutum fuerit, sive plures annos, sive pauciores vixerit. Nam, ut iam dixi, in incerto posito quandiu is vivat, eam computationem facimus.

XXIII. Illud in his mirum videri potest, quod Macer de usufructu reipublicæ legato scribit in *d. L. computationi.* in eo æstimando etiam triginta annorum computationem faciendam. Atqui pro certo habetur, usumfructum reipublicæ relictum [17] centum annos durare, quia sit hæc hominis vita longissima. *L. an ususfructus. de usufr.* Cur ergo non centum annorum computationem facimus, cum tot annorum usumfructum præstandum esse certum sit? Nam cur in privatis triginta annorum computationem faciamus, id caussæ est, quod incertum sit, quandiu legatarii sint victuri. Sed, ut homo mori potest, ita potest civitas everti bello, ut civitas esse desinat, & celeriore quasi morte ususfructus extinguatur. *L. si ususfructus. quib. mod. ususfr. amit.* Ut mirum videri non debeat, si ea, quæ hominis exitum pati potest, in usufructu quoque sibi relicto hominis exemplum experiatur.

CAP.

17) Govean. *d. lo.* concedit, in usufructu Reip. legato esse annorum computationem, nec tanti æstimari legatum, quanti vendi potest, quia cum 100. annos duret ususfructus ille, nimio æstimaretur. Idcirco fieri computationem, quæ laxissima in alimentis, ac usu homini legato fieri solet, videlicet 30. annorum.

C A P. XXV.

In quantitate patrimonii quæ quibus deductis computanda sint. Hæc ipsa quomodo æstimanda, ut fiat certa quantitas patrimonii. Hæc omnis computatio, & æstimatio ad quod tempus revocanda. Omnia eo, ut subducta legatorum, & patrimonii ratione, & certa tandem quantitate amborum inventa, tum his inter se collatis certo sciri possit, num quantitatem patrimonii legata excedant. Deduci prius hæc tria: æs alienum, funeris impensam, pretia servorum manumissorum. Tum quæ sint harum rerum nomine deductiones.

In quantitate patrimonii ineunda tria spectantur. I.
Patrimonium cuiusque est, quod quisque habet in bonis. II.
In bonis id esse intelligitur, quod, hereditariis oneribus deductis, superest. III.
Hæc onera trium generum, & quæ sint. IV.
Æs alienum duplex, vel contractum a defuncto, vel ab hereditate. Huius nonnulla exempla. V.
Si quid defunctus heredi debuit, id etiam in ære alieno deducitur. VI.
Nisi rogatus sit heres, ne creditum suum in ratione legis Falcidiæ ponat, tunc enim ad modum quadrantis debitum compensabitur; & si plus debetur, superfluum æris alieni dodranti tantum detrahitur. VII.
Utrum hæc compensatio in fraudem L. Falcidiæ admittatur. VIII.
Explicatio L. pater 14. D. ad L. Falcid. IX.
Ex pluribus heredibus qui nam æs alienum deducent. X.
Qui nam sumptus funeris causa fieri videatur. Quid quid ad monumentum extruendum impensum est, id si necesse fuit, deducitur. XI.
Secus si non fuit necesse, sed ornatus causa quid impensum sit, licet testatore iubente. XII.
Quorum servorum manumissorum pretia, & quatenus deducantur. XIII.
In bonis sunt hæc tria: dominium, quasi dominium, & actiones etiam pœnales.
Excipiuntur tria rerum genera. XIV.
1. *Quæ non transeunt ad heredes.* XV.
2. *Quæ non mansuræ.* XVI.
Exceptio. XVII.
3. *Heres, ex quibus nihil commodi heredi; ut tres species debitorum.* XVIII.
1. *Debitum ab eo, qui solvendo non est. Quid si postea locuples factus.* XIX.
2. *Naturale nondum solutum.* XX.
3. *Debitum duobus reis stipulandi, si socii non sint.* XXI.
Pretia rerum, quæ in bonis, communiter æstimantur. Quid si hereditas, quæ non solvendo, inveniat emptorem, aut si heres cum creditoribus pactus, ne solidum solveret. XXII.
Quantitas patrimonii spectatur tempore mortis. XXIII.
Incrementa quæcunque heredis sunt. XXIV.
Excipiuntur fructus mortis tempore maturi. XXV.
Circa ventrem Ancillæ nulla distinctio. XXVI.
Fructus, ut & partus Ancillæ post mortem editi in bonis numerantur. XXVII.
Ut incrementa, sic & decrementa quæcunque sunt heredis. XXVIII.
Nisi contigerint circa res legatas. XXIX.
Quid si legata res incerta, ut genus, & quantitas. XXX.

I. AC de legatorum quantitate hactenus. De quantitate patrimonii, quod ex altera parte spectari debere diximus, videamus. Ad quam efficiendam, ut quidem certa sit, qualem quærimus, trium harum rerum cognitione opus est, in quibus hæc certitudo versatur, ut norimus, quid in patrimonio habendum sit; quanti id sit; tum quo ex tempore utrumque spectandum.

II. Et patrimonium cuiusque dici scimus, cuiusque bona, sive quod quisque habet in bonis. *L. nam quod.* 14. *§. ult. & L. cogi.* 16. *in pr. D. ad Treb.*

III. Bona autem cuiusque sic accipiuntur, ut ea esse intelligantur, quæ, deducto ære alieno, supersunt. *L. subsignatum. §. bona. D. de ver. sig.* Quare & in bonis, seu patrimonio defuncti sciamus, non omnia numerari, quæ testator cum moreretur, babuit: sed id tantum, quod hereditariis oneribus ante deductis, ex his quæ habuit, superest.

IV. Cuiusmodi onera hæc habentur tria, æs alienum hereditarium, [1] funeris impensa, & pretia servorum manumissorum. Quæ ideo omnia in ratione legis Falc. ponenda ante omnia deduci placuit. *§. ul. Inst. de leg. Falc.*

V. Æs alienum generaliter dicitur, quod nos aliis debemus. *L. cedere. §. æs alienum. D. de ver. sig.* Sit ergo æs alienum hereditarium duplex, quod in hanc deductionem veniat. Primum quidquid est, cnius præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, ut definitur in *L. pater. 54. ad leg. Fal.* Deinde & si quid est, cuius præstandi caussa mortuo testatore ante aditam hereditatem nata est, tanquam æs ab hereditate contractum: eoque & a defuncto; quia bereditas nondum adita personam defuncti sustinet. *L. hereditas. 34. D. de acquir. rer. dom.* Quo ex genere in ratione æris alieni deducuntur, exempli gratia, pretia eorum servorum, qui supplicio affecti sunt ob necem domini non defensi; item & eorum, quos prætor propter proditæ mortis, aut detectæ coniurationis reorum libertatem acceperunt. *L. æris. 39. eod.* Sed & quod expediendarum venditionum caussa impensum est, quæ venditiones a defuncto contractæ sunt, in hoc numero habebitur; quia necesse fuit, venditione a defuncto contracta, venditionem ab herede expediri. *L. quantitas. 72. eod.* Et generaliter quod ad caussam hereditatis suscipiendæ necessario fieri debuit, id in ære alieno hereditario detrahetur. Cuius generis illæ impensæ sunt, quæ ad conficiendum inventarium fiunt, quod priusquam bereditas adeatur, facere necesse sit. *L. ult. §. in computatione. C. de iur. delib.*

VI. Quid, si quid defunctus non extraneo debuit, sed ipsi heredi instituto? Etiam [2] id in ære alieno deducendum esse placet; quanvis verum sit, heredem a se exigere non posse, postquam confusione obligatio sublata est. *L. qui fundum. 87. §. 1. L. quod bonis. 15. §. quod avus. eod. L. in imponenda. C. eod.* Non enim ideo heres creditor id ante deducit, quia nunc debeatur; sed quia debitum fuerit, & verum sit, tanto minus in bonis testatorem habuisse, cum viveret, quantum huic debuit. Qui si solvisset, amplius id non haberet. Quod quia non fecit, id saltem nunc faciendum est, quod aliquando fieri debuit.

VII. Sciendum est tamen, rogari posse creditorem eum, qui debitori suo successit, ne creditum suum legatariis reputet, id est, ne id deducat, sed creditum suum cum quarta compenset. Id quod cum factum erit, exceptione doli mali summovebitur heres, si contra voluntatem testatoris id legatariis ante reputare volet. *L. si debitor. 12. eod.* Res autem in eo sic transigetur, ut quod ex bereditate debitoris sui accipiet heres (ea est quarta) id cum eo, quod sibi debetur, compenset ad eam usque quantitatem, quam efficit quarta portio hereditatis, &, ut Papinianus loquitur, compenset fini quadrantis, id est, ad finem, & modum quadrantis. Quod si plus debebitur, [3] superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur. Hoc Papinianus obscurius in *L. quod bonis. 15. §. cum fideicommissum. eod.* quod nobis explicandum est. Sit autem in hoc exemplo expositum, testator qua-

1) Nisi maritus uxori heres, qui pro rata dotis nomine, quam lucrifacit conferre debet. *L. 6. h. t.* vid. *L. 22. & seq. de relig.*

2) Licet enim confusa sit aditione obligatio, vid. *infr. Lib. 16. C. 4.* tamen non actione hic opus est, sed retentione, quæ fieri potest etsi in iudicio non agatur, Duar. *h. t. C. 8. f. 564.* Obiic. Atqui & obligatio naturalis confusione perempta, vid. *not. Lib. 12. C. 2.* cuius effectus est deductio, ac retentio. Cuiac. 9. *ad Afric. in L. frater a fratre.* Resp. Quia initur ratio omnium bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, vid. *infr. N. 8.* perinde atque si nunc essent quæ tunc fuerunt, nec ulla confusio supervenisset. Mortis autem tempore fuit in bonis creditum heredis.

3) Gov. *ad d. L. 12.* videtur sentire, diversas esse harum LL. sententias. Et si heres rogatus sit, ne reputet debitum *d. L. 12.* quantulamcunque Falcidiam compensationi sufficere, id est etsi ea exiguior sit debito. Si vero rogetur compensare debitum cum Falcidia *d. L. 15. §. 4.* compensationem non excedere pares, seu concurrentes quantitates, id est tantum ex debito compensari, quantum est in Falcidia, non amplius, ut in exemplo quod ponit noster. Atque ita, ex sententia Goveani, priore caso aditio esset damnosa. Ut in hoc exemplo 400. in bonis Heredi, debita 200. Legata ab eo 300. Hic, si non deducas debitum heredis, Falcidius quadrans integer, eoque, si Goveani opinio vera, pro suo debito contentus heres, solida legata easolvere cogetur, damnum patiens in 100. Quod nec *d. L. 12.* sententiæ convenire puto, quæ interpretationem capit ex *d. L. 15. §. 4.* & hoc minime dicit, ex ista dispositione testantis heredem & lucro privari, & damno insuper augeri debere. Sed generaliter voluntatem defuncti servari vult, quatenus scilicet ius, & æquum patitur. Nec æquitati, ut manifestum est. Nec etiam rationi iuris antiqui, (iure novo res expeditior). quod licet heredem, ultra quam vires hereditatis ferant, creditoribus defuncti adstringat, non tamen legatariis. Nec unquam hæc potestas ulli testatori, etiam militi, fuit heredem suum ultra, quam ei relinquit, legatis onerandi, quod hac ratione contingeret.

quadringenta habuit in bonis: Titium, cui ducenta debebat, heredem instituit, & trecenta ab eo legavit. Huius patrimonii dodrans sunt trecenta, quadrans centum. Hunc quadrantem heres ex lege habere debet. Fini huius quadrantis compensabitur, quod ei debetur, ut cum centum in eo sint, centum cum eo compenset. Quia vero præterea alia centum supersunt, id superfluum æris alieni de dodrante, id est, de trecentis, quæ supersunt, detrahetur, ut solum ducenta legatariis ex universo patrimonio relinquantur. Ex hoc iure nata est apud Papinianum quæstio in specie huiusmodi. Avus nepotem heredem institutum, cui aliquid debebat, rogavit, ut, si sine liberis intra certam ætatem decederet, tam hereditaria bona, quam propria restitueret. Quærit igitur Papinianus, videaturne avus his verbis voluisse, ne quid omnino non solum de bonis hereditariis, sed etiam de propriis retineret, in quibus erat hoc æs alienum, quod avus nepoti debuit. Nam si voluit hic compensationem introduci, constabat, nihil nepotem, aut heredem in ære alieno deducere posse, dum modo ex hereditate avi tantumdem caperet. Et Papinianus sive verba, sive voluntatem testatoris interpretatus negat, sibi videri avum id sensisse; idque vel hoc ipso, quod defunctus heredem nepotem propria bona habere ostenderit. His enim verbis declaravit avus, non repugnare se, quominus quæ ipsius nepotis propria sunt, ea ipse suo iure sibi interim habeat. In quo numero fuit illud æs alienum, quod nepoti debebatur.

VIII. Dixerit hoc loco aliquis, totam istam superiorem compensationem, quam hic admittimus, in fraudem legis Falc. admitti: cum lex iubeat, ut de omnibus bonis heres quartam partem retineat: hac autem compensatione admissa testator quartam adimere videatur. Quid enim interest, utrum quartam non retineat heres, an tantumdem aliunde amittere cogatur? Atqui certi iuris est, testatorem non modo non potuisse olim quartam auferre, sed ne minuere quidem. *L. quod bonis.* 15. *§. ult. ad leg. Falc.* Respondebimus, legi Falcidiæ satisfactum esse, si de omnibus bonis, quæ testator tempore mortis habuit, quarta pars ad heredem veniat. Neque vero ideo hæc quarta illi aufertur, si eam cum alio debito compensare cogitur. Hoc modo enim non quartam amittit, sed creditum suum. Hoc autem creditum 4 non adimit testator, sed heredis aditio. Extinguitur enim creditum aditione propter confusionem. *L. debitori. C. de pact.* Negari tamen non potest, quin in eo adimendo, quod testator debuit, sit aliqua eius iniuria. Et ideo alibi visum est Papiniano, si frater a fratre fuerit institutus ea lege, ne creditum suum legatariis reputaret, posse institutum sine fraude edicti prætoris, omissa caussa testamenti accipere intestati fratris bonorum possessionem, hac ratione, quod diceret, non videri eum dolo fecisse, qui fraudem excluserit. Hoc in *L. cum pater. 77. §. Titio fratri D. de leg. 2.* Neque hæc inter se contraria sunt. Definit enim esse iniuria, eum heres ultro conditionem a testatore iniectam admittit, & ea lege agnoscit hereditatem. Neque enim fraudantur, qui sciunt, & consentiunt. *L. nemo videtur. D. de reg. iur.*

IX. Videamus tamen, ne quid idem Papinianus contrarium scripserit in hac specie. Pater filiam, quæ a viro diverterat, heredem pro parte instituit, ab ea petiit, ut fratri, & coheredi suo portionem hereditatis acceptam deducta sexta restitueret, admissa compensatione dotis in Falcidiæ ratione. Respondit Papinianus, si pater dotem consentiente filia non petisset, & Falcidiam iure hereditario, & dotem, quæ ei deberetur, iure proprio filiam habituram, idest, utrumque, & quartam, & quod deberetur. *L. pater. 14. eod.* cum potius ex superioribus videatur filia debuisse quarta esse contenta, & eam cum dote compensare. Sed nihil hic contrarium. Proponuntur enim caussæ longe dissimiles. In specie proposita pater non petiit a filia, ut quarta de bonis retenta amplius dotem non peteret. Quod si factum esset, sine controversia filia excluderetur. *L. si cum dotem. §. si pater. D. sol. matr.* Sed petiit, ut dotem, quam ipse petisset, filia in quartam hereditatis sibi haberet. Atqui hæc ipsa dos in bonis patris non fuit. Unde petiisse illum perspicuum est, ne filia quartam de bonis haberet. Id quod pater efficere non potuit. Si id, quod filia habitura esset, ex hereditate, & bonis patris foret: tum sane recte iuberetur & id cum eo quod ipsi debetur, & quod ipsi debetur, cum eo quod habet, compensare. Semper enim haberet quartam ex

4) P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 16. hæc, quod heres sibi debitum imputare in Falcidiam rogari potest, ita intelligenda iure veteri, si quartam ex fructibus fideicommissi percipere possit. Sed hoc ex dd. LL. non apparet. Sane iure noviori, quo expresse etiam vetari detractio Falcidiæ potest, hæc dubitatio cessat.

ex bonis patris. Nunc, cum si dotem quanvis amplam habeat, nihil habeat de bonis paternis, non est, cur quartam non possit præterea retinere; quoniam non est satis heredem aliquid habere, ut legi satisfiat, sed de bonis illum habere oportet.

X. Ut heredes æs alienum ante deducere posse constat, ita videndum est, qui possint, si forte plures sint instituti. Et par est, eos solum æris alieni rationem habere, qui eo tenentur. Itaque si quis ex heredibus solvere damnatus sit, eum solum habere convenit, cæteros non habere. *L. in legem*. 8. *eod.*

XI. Hæc de ære alieno dicta sunt. Funeris autem caussa sumptus fieri videtur is demum, qui ita fit, ut funus ducatur, & sine quo funus duci non posset: puta ut mortuus efferatur, & sepeliatur. Item quod in locum impensum fuerit, in quem mortuus inferretur *L. si quis*. *§. funeris caussa. L. funeris sumptus. de religio*. Ex quo quæsitum est, si quid ad monumentum exstruendum impensum sit, an id in hac caussa deduci possit. *L.* 1. *§. ult. cum L. sequen. ad legem Falcid.* In quo videndum est, quid funeris caussa fiat. Et sciendum est, id monumentum funeris caussa fieri, quod facere necesse sit sepulchri muniendi caussa, vel demortui commendandi. *L. funeris sumptus. D. de relig.* Ex quo apparet, recte dici ita demum deducendum esse, quod in hanc rem impensum est, si necessarium fuerit monumentum exstruere, cum scilicet aliud non esset, & familiæ dignitas id postularet, ut exstrueretur. Præterea & hactenus deducendum esse, quatenus necesse fuerit impendi.

XII. Quod ornatus, & amplitudinis caussa quæsitum sit, id in funeris caussa deduci non posse. Traditum in *L.* 1. *§. ultim. ad leg. Falcidiam*. Inde quæsitum, si heres supra quam funeris caussa necesse esset, impenderit, verumtamen id iubente testatore fecerit, an quia in eo 5 voluntatem testatoris secutus est, possit eam quantitatem in ære saltem alieno deducere. In funeris enim impensa non posse constitit. Negat Marcellus, etiam ex hac voluntate in ære alieno retineri posse, quod speciem vel modicam monumenti excesserit. *d. L.* 1. *§. ultim. & L.* 2. Quo significat, heredem non cogi tantam impensam facere, quantum testator iussit, si ea res aliquam iniuriam legatariis importatura videatur. Nam si tantum impendere cogeretur, haud dubie id in ære alieno non minus, quam cætera onera hereditaria suo iure deduceret. Neque tamen contrarium est, quod alibi traditum legimus, ubi testator adscripsit in testamento, quantum in monumentum consumeret, posse heredem, si plus velit, impendere; minus non posse. *L. hereditas. §.* 1. *D. de pet. her. L. cum in testamento. D. de verb. sign.* Utrumque enim sic accipiendum est, dummodo facultates patiantur, id est, dum, hoc deducto, facultates suffecturæ sint ad solida legata præstanda, quæ eodem testamento relicta sunt. Nam hæc potiora esse debent, vel ipsius testatoris voluntate. Quod & ex *d. L.* 1. *§. ultim.* facile colligitur, & ipsa ratio etiam convincit.

XIII. Restant pretia servorum manumissorum, quo in genere placet, non tantum deduci eorum pretia, quibus libertas testamento data est, cum proprii essent testatoris, sive pure, sive sub conditione manumissi sint. *L. in quantitate*. 73. *§. sed etsi*. Sed etiam eorum, quos heres, cum alieni essent, redimere, & manumittere iussus est. *L. eius*. 37. *eod.*

XIV. Atque hæc sunt, quibus deductis, quantitas patrimonii cuiusque circa legem Falcidiam æstimanda sit: ut in his scilicet, quæ, his deductis, supererunt, quæ testator habuerit, ratio legis Falcidiæ ponatur. Hoc quæritur, quid, his rebus ante deductis, testator habuerit. Et constat, illum habuisse ea, quæ dicuntur bona, seu esse in cuiusque bonis. *L. rem in bonis. D. de acq. rer. dom. L. nam quod*. 14. *in fin. L. cogi*. 16. *in prin. D. ad Treb.* Ita quæstio in eo est, quid bonorum appellatione contineatur. Scimus autem ex *L. bonorum. D. de ver. sig.* contineri hæc tria: quæ sunt in dominio cuiusque; quæ in quasi dominio; tum quæ cuique debentur, seu nomina, & actiones. Et totidem videmus a veteribus circa legem Falcidiam in quantitate patrimonii defuncti numerari. Primum genus exemplis indicatur in *L. statuliber*. 38. *§.* 1. *&* 2. *ad leg. Falc.* Et quod veris dominis tributum est, videmus, his quoque tributum esse, qui iura obtinent dominio proxima: ut emphyteutis, & superficiariis. *L.* 1. *D. si ag. vect.*

5) Pontificali auctoritate *d. L.* 50. *§.* 1. cum de caussis monumenti Pontificum fuerit cognitio. Male tamen qui inde inferunt, alias caussas hereditarias fuisse Pontificum notionis, vid. Radulf. Forner. 6. *Rer. quotid.* 2. Ubi autem ei, qui exstruere iussus datus coheres, præter actionem Familiæ erciscundæ etiam præscriptis verbis is experiri potest *L.* 18. *§.* 2. *Fam. &c.* Govean. *ad L. ult. & L.* 3. *h. t. n.* 4.

vect. vel emphy. pet. L. in speciali, 73, *§. ult. & duab. LL. seqq. D. de rei vind. L.* 1. *D. de superf.* De actionibus autem ita veteres in hac quaestione non dubitant, ut [6] poenales quoque actiones in bonis actoris defuncti computent. *L. poenales*. 32. *eod.* Neque de rebus, & actionibus defuncti hic ulla iniiceretur disputatio, nisi ius de his, quod posuimus, esset eiusmodi, ut non esset perpetuum. Quomodo igitur id accipiendum sit, docent. Summa autem haec est, omnes tum res alias, tum actiones, quas testator habuit, cum moritur, ita circa legem Falcidiam in bonis defuncti esse computandas, si tales sint, ut ad heredem transeant, & ita transeant, ut sint mansurae, & praeterea ex his dominus, creditorve aliquid consequi potuerit. Ex quo intelligi debet, tria esse genera eorum, quae cum defunctus habuerit, tamen, eo mortuo, in patrimonio eius non numerentur.

XV. Primum genus est eorum, quae non transeunt ad heredes. De quo ita statuatur, quaecumque sive actiones, sive res aliae ita testatoris fuerunt, ut morte eius intercidant, eas in hereditate non esse, eoque in bonis defuncti non computari, ut heredi noceant, prosint legatariis. Id cum per se verissimum est, tum in ratione legis Falcidiae maxime obtinet. Qua lege & nominatur defuncti hereditas, & iubentur esse res, quarum quartam partem heredes capiant. Quod in eas res, quae esse desierunt, non cadit. Huius generis res sunt, exempli gratia, actio iniuriarum, usufructus, item ea, quae in annos singulos, aut singulos menses legata sunt: quae omnia in iure testatoris si fuerunt, tamen morte eius exstinguuntur. Ideo & haec ipsa Maecianus negat in bonis defuncti computari, in *L. poenales*. 33. *ad leg. Falcid.*

XVI. Alterum genus est earum rerum, quae ad heredem ita transeunt, ut non sint certo mansurae. Capere non videtur heres, quod sic accipit, ut ab eo discedat; nec ad eum pervenire, quod non est mansurum. *L. aliud est capere. D. de verb. sign.* Proinde quidquid est earum rerum, non numeratur in bonis defuncti, quasi nec relictum. Exemplo est statuliber, de quo ita Hermogenianus in *L. statuliber*. 38. *D. eod.* Statuliber, ait, heredis non auget familiam. Nempe ideo, quia non est in familia, eoque nec in heredis bonis. Et tamen, si praesentem statum spectemus, statuliber in bonis testatoris morientis fuit, & post mortem quoque eius etiam nunc est in heredis bonis, quandiu conditio libertatis pendet. *L. statuliberum. D. de statul.* Sed ideo in bonis non computatur, quia, conditione exsistente, perinde habetur, quasi iam ex illo in bonis esse desiisset, ex quo legatus est, similiter ut ex stipulatione sub conditione concepta, si conditio exstiterit, obligatio iam tum ex illo contracta intelligitur, ex quo stipulatio facta est. *L. potior. L. qui balneum. D. qui pot. in pig. hab.* In eamdem sententiam illud a Papiniano dictum est, quod pluribus verbis explicatum legitur in *L. in ratione*, 11. *§.* 1. *ad leg. Falc.* si servus, inquit, libertate data (hic nimirum est, quem uno verbo statuliberum vocamus) vita decessit, si quidem impleta conditio fuerit quandoque heredi non videbitur periisse, (nempe ideo, quia nunquam antea habitus fuerit in bonis heredis), quod si defecerit conditio, in contrarium ratio trahit. Huc videlicet, ut retro versus videatur iam a principio ex morte testatoris in bonis heredis fuisse. Huc etiam pertinet, quod decretum esse a Marco Antonino refertur in *d. L. in ratione*, 11. *§. Imperator*, *eod.* heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam quae relicta est (intellige post ablationem) legatorum nomine teneri. Atqui cum testator forte provocavit, ac deinde post decessit, negari non potest, quin ea pars, quae ablata est, dum pendet iudicium appellationis, & fuerit in bonis morientis, & mortuo eo, in bonis heredis, cum nondum bona ablata essent, utpote provocatione condemnationis pronuntiationem exstinguente. *L.* 1. *in fi. D. ad sen. Turpil.* Sed iam tum cum moriebatur testator, in ea caussa res fuit, ut, etiam si ipse viveret, tamen ea pars ei auferri potuerit. Caussam autem, propter quam bona auferuntur, ex quo res in iudicium deducta est, spectare oportet, non ademptionem. Nam quandoque postea condemnato reo, ex eo nec testatoris esse debuisse partem illam compertum est, ex quo accusatio recepta est.

XVII. Sane si quod testatoris fuit, exstinctum quidem est mortuo eo, sed exstin-

6) Et honorariae *d. L.* 32. *§.* 1. ubi lectionem immutare necesse non est, cum Goveano *ibid.* P. Fab *apud* Cuiac. 7. *Obs.* 35. *&* *ad L.* 86. *& seq. de R. I. p. m.* 397. *& seq.* Forner. 2. *Select.* 24. Nam receptae lectionis hic sensus: Actiones honorarias litis contestatione, aliove modo ad heredem transeuntes hereditariae praestare vel augmentum, si lis secundum heredem data, vel decessionem, seu decrementum, si contra eum, Rev. *ad L.* 87. *de R. Iur.*

ſtinctum non iure ipſo, ſed facto heredis, id etiam num in bonis numerabitur non ſecus, quam ſi adhuc extaret. Tale eſt, ſi quid teſtatori heres debuit. Aditione hereditatis ea obligatio tollitur. *L. debitori. C. de pact.* Sed tollitur non morte teſtatoris, ſed facto heredis, quia ſcilicet hereditatem adiit. Satis hoc eſt, ut adhuc in bonis heredis computetur actio teſtatoris, quæ eo nomine illi competebat. Nam & hoc ipſo locupletiorem hereditatem percipere videtur, quod ob hereditatem liberatur. *L. 1. §. ſi debitor. L. ſi creditor*, 83. *ad leg. Falc.* Addendum illud eſt, debitorem, qui liberationem beneficio teſtatoris conſequitur, ſemper tantumdem capere videri, quantum debuit, ſive ſolvendo fuerit, ſive non-fuerit. *L. Neſennius*, 22. *§. ult. eod.*

XVIII. Non eſt ſatis, rem, quæ in bonis teſtatoris fuit, ad heredem recte tranſire, & in ea cauſſa eſſe, ut ſit manſura, ut in bonis, & hereditate defuncti computetur: ſed & eam eſſe oportet, ex qua aliquid commodi ad heredem redeat. Quod ſi ex ea heres nihil conſequi poteſt: id tertium genus rerum eſſe dicimus, quod in bonis, & patrimonio defuncti non computetur. Cuius generis ſpecies tres ſunt rerum defuncto debitarum: debitum ab eo, qui ſolvendo non eſt; quod natura debetur; nondum ſolutum & quod debetur duobus reis ſtipulandi, qui ſocii non ſunt.

XIX. Sit debitor aliquis, qui non ſit ſolvendo. Non amplius in bonis habere teſtator intelligitur, quam quantum exigere potuit. *L. pretia. 63. §. 1. eod.* Is enim actionem habere non videtur, cui propter inopiam debitoris inanis actio eſt. *L. 6. D. de dolo.* Tantum ex eventu eiuſmodi nomen hereditatem augebit, ſi forte debitor aliqua re poſtea auctus ſolvendo factus ſit. *L. Neſennius. 22. §. ult. L. cum quo. 56. verſ. aliquis dicet, ad leg. Falc.*

XX. Similiter & quod natura tantum debetur, nec peti poteſt, placuit interdum non augere hereditatem, interdum augere ex eventu: Veluti si quid pupillus promiſerit defuncto sine tutoris auctoritate. Non auget, ut in bonis creditoris numeretur tunc, cum ſolutum non eſt. Non enim ab invito exigi poteſt. Auget, & in bonis computatur tunc, cum ſolutum eſt. Tum enim ſolutum manere oportet, quod ſolutum repeti non poteſt. *L. 1. §. id quod natura. L. ſi pupillus.* 21. *eod.* In qua ſpecie ſi qnid dubii occurret propter obligationem naturalem pupilli, vide, quæ ſcripſi ad *L. ſi pupillus.* 127. *D. de verb. oblig.*

XXI. Hinc & de duobus reis ſtipulandi quæſitum eſt. Nam utrique eadem res in ſolidum debetur, uterque in ſolidum actionem habet. An non igitur debitum in utriuſque patrimonio numerandum eſſe dicemus? Rurſum una res tantum verſatur in obligatione, & uni tantum debitor ſolvendo ab utroque liberatur, ut, dum effectum rei ſpectabimus, non liceat eamdem rem in utriuſque patrimonio ponere. Sic ergo in horum perſona diſtingui placuit, ut, ſi ſocii ſint, dividatur inter eos obligatio. Si non ſint, de re hic itidem ex eventu iudicemus, ut videatur actio in eius bonis fuiſſe, cui ſolutum poſtea fuerit. 7 *L. in lege. 62. eod.* Atque hæc ſunt, quæ in bonis defuncti habenda eſſe dicimus.

XXII. Quæ & ipſa rurſum quanti ſint, quæritur, ut & horum efficiatur quantitas certa, quæ cum legatorum quantitate conferatur. In quo non alia regula ſervatur quam illa ipſa, quæ in legatis æſtimandis præſcripta eſt, ut tanti res quæque æſtimetur, quanti eſt re vera communi omnium æſtimatione, non quanti ſpeciali, & proprio alicuius effectu, *d. L. pretia. 63. L. in lege. 62. §. 1. L. in Falcidia. 42. D. ad leg. Falc.* Exempla non communis iſtius æſtimationis ſuppeditat, *d. L. pretia.* 63. ſed in ſervis. Ideo ab uſu noſtrorum temporum alieniora. Hoc non alienum erit, ſi fingamus, cum hereditas re vera ſolvendo non eſſet, forte heredem nactum eſſe, qui eam emeret, & pretium eſſe conſecutum; aut ipſum cum creditoribus decidiſſe, ne ſolidum ſolveret. Quam ob cauſſam factum eſt, ut aliquid retineret. Dicemus ſcilicet, nihil horum in patrimonio numerandum. Ita futurum, ut nihil legatariis debeatur; quia quod hic heredi acceſſit, non ex pretio rerum eſt, ſed a caſu, aut emptoris vel ſtultitia, vel voluntate.

XXIII. Nondum ſatis ad efficiendam eam quantitatis patrimonii certitudinem, quam quærimus, noſſe quid ſit in bonis defuncti, & quanti æſtimandum, niſi tertium illud addiderimus, ut ſtatuamus, ex quo tempore iſtam omnem patrimonii quantitatem ſpectari velimus: cum hanc pro varietate temporum, ad quæ ea referetur, varie mutari poſſe conſtet, ut alias in patrimonio plures res ſint, alias pau-

7) De cuius *L. 62.* ſententia vid. Molinæ. *Lect. Delana.* 2. & qui eum refellit A. Fab. 11. *Coniect.* 16.

pauciores, & earumdem etiam rerum non semper una, & eadem æstimatio. Et in lege Falcidia de hoc tempore ita placuit: cum de patrimonii quantitate agetur, ad quam legis Falcidiæ ratio redigatur, semper tempus mortis testatoris spectandum esse: idest, hoc quærendum, num legata dodrantem excedant eius patrimonii, quod testator habuit, cum moritur, non autem eius, quod postea secutum est: ut, sive postea imminutum sit, nihil noceat legatariis ad legata eorum minuenda, sive sit auctum, nihil his prosit ad legata eorum augenda. *L. in quantitate*. 33. *L. in ratione*. 30. *eod.* Quod Papinianus aliis verbis exprimens, dixit, heredem quartam retinere debere de bonis dumtaxat, quæ testator moriens reliquit, & ex eo die eius quartæ fructus. *L. quod bonis*. 15. §. *quod avus*. *in fin.* §. *fructus*. *eod.*

XXIV. Ergo de incrementis hereditatis hoc primum sic habeatur, neque fructus postea perceptos, neque si quid aliunde hereditati obvenit, id in bonorum æstimationem venire, quæ ex tempore mortis solum, non ex eo, quod insecutum est, facienda est. *L. in ratione*. 30. *eod.*

XXV. Quod tamen in fructibus de his accipiendum est, qui post mortem nati, & percepti sunt. Nam qui maturi mortis tempore postea percepti erunt, [8] augebunt hereditatis æstimationem. *L. in Falcidia*. 9. *eod.* Non iniuria; verum est enim, qui moriente testatore maturi fuerint, vivo etiam testatore fuisse.

XXVI. Circa ventrem ancillæ nulla, inquit Papinianus, temporis admissa distinctio est. *d. L.* 9. *eod.* Nullam admissam dicit, significans, si partus post mortem testatoris editus sit, qui ante conceptus erat, eum sine distinctione non augere hereditatis æstimationem; sive mortis tempore ancilla gravida fuerit ita, ut etiam instaret partus, sive post gravida esse cœperit. Partus enim, inquit, nondum editus, homo non recte fuisse dicitur. *d. L.* 9. Et recte Papinianus. Quamvis enim verum sit, partum etiam cum utero continetur, partem esse matris, & visceraum, ut Ulpianus scribit in *L.* 1. §. *ex hoc*. *D. de vent. insp.* non tamen ante homo est, quam sit editus, ut per se sit, & natura sua constet. Quod & Ulpianus eodem loco significat, cum ait, patrem non ante desiderare posse eum, qui in utero est tanquam filium sibi exhiberi, quam fuerit editus. Innuit enim, eum non ante esse filium. De eo autem solo nunc quæritur, [9] an is homo, qui post mortem testatoris natus est, moriente testatore fuerit, non an fuerit pars viscerum matris. Nisi forte hunc hominem, qui editus est, eamdem illam partem esse putamus, quæ tunc fuit.

XXVII. Hoc loco tamen sciendum est, fructus, nec non etiam partus ancillæ post mortem editos in bonis numerari, & in quartam imputari eos, qui ante diem fideicommissi ex rebus per fideicommissum relictis percepti sunt ab herede. *L. quod bonis* 15. §. *fructus*. *L. Falcidiæ*. 24. §. 1. *eod.* Neque id superioribus contrarium est. Ideo enim in quartam imputantur, non quia percepti augeant hereditatem per sese, sed quia faciant, ut quantum perceptum est, tanto minus in legato esse intelligatur. Ut puta, si fundus ducentis dignus legatus sit sub conditione, & pendente conditione fructus ad quinquaginta percepti sint: solum centum, & quinquaginta legata videbuntur. *L. in lege Falcidia*. 45. *L. circa*. 66. *eod.* Quod autem legatum non est, necesse est in bonis manserit, & ideo in quartam imputetur; ut de his legatis responsum est, quæ exitum non habuerunt. *L. id autem*. 76. *in fi. eod.* Quo fit, ut hæc quinquaginta non tam ex fructibus accessisse postea, quam ab initio nec fuisse legata videantur.

XXVIII. Incommodorum post mortem testatoris contingentium eadem lex est, ut nec ea æstimentur, quo patrimonium, quod ante fuit, minuant. Denique ut commoda postea contingentia heredis lucro cedunt, nec prosunt legatariis ad minuendam quartam, quæ initio de legatis detrahi potuit: ita & damna postea illa ad [10] heredem

8) Male autem vulgo interpretes accipunt *d. L.* 9. de quibusvis satis tempore mortis. Non enim iam primum sata, possunt esse pro perceptis. Duaren. *h. t.* C. 8 *f.* 560.

9) Stoici enim, quorum sectæ fere nostri fuere addicti, fœtus in utero animalia esse negarunt; Plutar. 5. *de Plac. Philos.* 15. vid. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de Revoc. don. v. susceperit liberos n.* 147. *& seqq.*

10) Quia in arbitrio heredis fuit maturius adire, & rationem Falcidiæ inire. P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 21. At cur aliud in herede fiduciario, ubi commoda, vel damna post aditionem contingentia proficiunt, vel officiunt fideicommissario, *supr. Lib.* 7. *C.* 27. Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 10. *n.* 36. *& seq.* tationem reddit: Quia per aditionem, quæ retrotrahitur ad tempus mortis, contrahitur obligatio ex eo tempore ad præstanda legata. Quæ deinde eadem manet, nec augetur, aut minuitur mutatione in rebus contingente, ut nec in aliis debitoribus quantitatis accidit. Nam ipsius speciei legatæ peremptio, aut deterioratio æque legatario nocet *d. L.* 30. §. 4. *h. t.* In fideicommisso universali vero licet æque a tempore mortis contrahatur obligatio de restituenda hereditate, tamen diversa est obligatio inter heredem, & fideicommissarium ab ea, quæ inter heredem, & legatarios. Illa est de Universitate hereditatis, quæ per sui naturam incrementum, & decrementum recipit. Accedit, quod fideicommissarius loco heredis. Legatarii vero non sunt creditores universitatis, nec in ius, locumve heredis succedunt.

redem pertinebunt, ne de ea quantitate legatorum, quæ mortis testatoris tempore esse potuit, quidquam detrahatur. Hoc Mæcianus variis exemplis damnorum postea incidentium illustrans tradit in *L. in ratione*, 30. *in pr. eod.*

XXIX. Quod tamen idem in *ead. L. §. rursus.* Sic accipiendum esse docet, si circa res alias, quam quæ legatæ sunt, ea damna contigerint. Sin inciderint circa res legatas, fore, ut damna legatariis, non heredi noceant: Veluti, si res legata perierit, aut deterior facta sit. Nam & illic nihil debebitur, & hic nihil amplius, quam quod de re superest, pro eadem portione, quæ a principio inter heredem, & legatarium fieret. Hæc, inquam, summa est disputationis Mæciani, quæ de hac re exstat in *d. L. in ratione*, 30. *§. rursus.* Est autem exceptio non huius loci propria, sed perpetui iuris, quo ita traditum est, quidquid est, quod te dare mihi oportet, si id prius perierit, quam per te factum sit, quominus dares, id creditoris, non debitoris detrimentum fore: Vel, quod idem est, debitorem interitu speciei liberari, si ante moram eius perierit: ut contra debitoris detrimentum est, si mora facta res perierit. *L. quod te. D. si cer. pet. L. si ex legati.* Idque est, quod Mæcianus in *d. L. in ratione*, 30. *§. rursus.* scribit his verbis: *Quod enim, remota lege Falcidia, in totum iuris foret, hoc idem fore & in ea parte, quæ lege Falcidia constitueretur.* Hoc enim dicere intelligitur, quemadmodum si locus legi Falcidiæ non esset, & res tota legata deberetur, ea perempta heres, idemque legati debitor, liberaretur, si culpa vacaret: ita si admissa lege Falcidia, dodrans rei legatæ dumtaxat debebitur, re tota sublata, heredem liberum fore.

XXX. Eveniet autem, ut res legata perire possit, si certa legata fuerit, ut intelligi posset, ubi nam esset. At si incerta legata erit, non potest accidere tempus, cum dici possit periisse. Quapropter in his ad regulam redeundum erit, etiam si res omnes perierint hereditariæ, heredem tamen obligatum manere. Huius generis est, cum rem aliquam, puta bovem, generaliter testator legavit, aut aliquid, quod pondere, numero, mensurave constaret, veluti, decem libras æris, centum, ducentos aureos, decem modios frumenti. In quibus neque bovem legavit testator hunc, aut illum, neque hos decem modios, qui essent in eius bonis, sed bovem generaliter, decem modios, ubi ubi essent. Ut igitur res omnes testaroris perierint, pecunia omnis: non tamen heres liberetur: quia dicere non possis eum bovem periisse, qui legatus est, aut eam pecuniam, quæ legata est; cum hæc non magis legata fuerit, quam alia quælibet, quæ præstari posset. Et hoc quoque in eamdem sententiam disserit Mæcianus in *d. L. in ratione*, 30. *§. verum. & §. incertæ.* Id autem est, quod generaliter definitur in *L. incendium. C. si cert. pet.* his verbis, *incendium ære alieno non exuit debitorem.*



CAP.

C A P. XXVI.

Si legata dodrantem hereditatis excedant, legis Falcidiæ pœnam hanc esse, ut heres etiam cum imminutione legatorum, & legatariorum damno quartam partem hereditatis habere debeat. Quæ in hanc partem imputentur; & cur non imputentur eadem in quartam hereditatis fideicommissariæ, quæ ex senatusconsulto Trebelliano deducitur.

Pœna legis Falcidiæ hæc est, ut, si supra dodrantem legatum erit, nihilo minus quartam hereditatis integram heredes capiant cum imminutione legatorum. I.
Quæstio proponitur. II.
In hanc quartam imputantur solum res, quæ iure hereditario capiuntur. III.
An si quid nihil legatum sub conditione, eaque pendente heres me heredem instituat, illud iure hereditario, an iure legati capiam. IV.
Quid si a me tibi legatum sit, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere. V.
Heres legatum ideo ei datum ut integra præstet legata, vel fideicommissa, in quartam imputat. Quid si vivo testatore aliquid accepit, ne emolumentum legis consequeretur. VI.
Item imputat si a legatario mutua vice tantum accipiat; quantum de legato eius deducere vult. Utrum id cæteris legatariis prosit. VII.
An imputetur quod conditionis implendæ causa capitur. VIII.
Quæ legatarii non capiunt, sive initio non constiterit, sive non transierit legatum, quadranti imputatur. IX.
Quæ iure hereditario capiuntur sic in quartam imputantur, si ea in bonis defuncti fuerunt, quo tempore is moritur. Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituit, peculium tempore mortis consideratur, si post mortem creditoris imminutum. Quid si post mortem debitoris heredis facultates auctæ. X.
In trebellianicam omnia imputantur, quæ iudicio testatoris capiuntur. XI.
Ratio differentiæ. XII. XIII. XIV.

I. CUm hinc legatorum, illinc ex adverso patrimonii quantitas erit inventa, quod proximis capitibus efficere conati sumus: tum facile erit, his inter se collatis, videre, quod secundo loco circa legem Falcidiam quæri diximus, sit ne scilicet adversus legem factum, an secus, idest, an supra dodrantem hereditatis, & patrimonii legatum sit, necne: ut si legatum non sit, legi sit satisfactum, & solida legata præstentur. Sin legata dodrantem excesserint, tum succedat, quod est extremum, de quo hic quæratur, pœna legis videlicet, cui locus sit, cum adversus legem factum esse constabit. Pœna legis hæc est. Quod enim lex ita permittit legare, ne minus quam [1] quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant, hanc vim habet, ut, si per testatorem capere non liceat, solutis legatis, quod fit, cum ultra dodrantem legatum est: tum heredes nihilominus iure ipso, & verbis legis quartam partem habere debeant, etiam cum imminutione legatorum.

II. Hæc quarta cum certis rebus constet, quas in eam imputari volumus, ideo ad hanc constituendam, quæ in eam imputentur, quæritur. Quod hic cum de ea quarta agitur, ante omnia faciendum est. Fieri enim potest, ut legata dodrantem hereditatis excedant, & tamen videatur heres quædam in hanc quartam imputare debere, quæ si imputet, integram quartam habeat, nec possit de legatis quidquam detrahere: qualia sunt, si quæ ex legati aut fideicommissi caussa a testatore acceperit.

1) Govean. *ad L. 1. pr. n. 1. n. 15. & ad L. 1. de Falg. n.* 37. vult, Falcidiam esse hodie auctam ad modum legitimæ, ut etiam sit triens quatuor paucioribus heredibus scriptis; quinque autem, vel pluribus semis, & 2. *Var. Lect. .1 n.* 3. quia Imperator in *Nov. 1. C. 2. pr.* scribat, Falcidiam esse, τὸ πλήρωμα τὸ ἥμισυ. Sed non negare tamen potest veteres Græcorum Codices habere τὸ τέταρτον. Ex versio vulgaris habet sic: *quantum eis impleas quartam substantia.* Cont. 1. *Subsec. Lect. 3. n. 6.* legit in *d. C. 2. pr. quantum ad trientem, vel semissem efficiendum sufficit*, scribens tamen, non in cuiusvis heredis persona, sed tantum liberorum Falcidiam aucta. Quod & vult Cuiac. *in Nov.* 18. Nec putet quis in horum persona nihil referre, cum legitima eorum tanta sit. Nam multa in Falcidia non imputantur, quæ in legitimam veniunt.

III. Et ita placuit, in quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam habere heres debet, imputari solum res, quas capit iure hereditario. Definitio Mæciani est in *L. in quartam*. 91. *D. ad leg. Falcid.* Quod ex verbis ipsis legis sumptum est. Vult enim lex, ut quartam hereditatis heredes ex testamento capiant. Non potest autem partis hereditatem obtinere ex testamento nisi heres, & eo iure, quo est testamento institutus, id est hereditario. Exigit igitur lex, ut hanc ipsam eodem iure heredes habeant. Quod si verum est, ut est: sequitur, ut neque eæ res in quartam imputentur, quas iure suo, non hereditario heres capit de suis rebus: cuius partis exempla suppeditant. *L. pater*. 14. *L. Falcidiæ*. 24. *§. ult. eod.* neque quas iure legati, aut fideicommissi, aut conditionis implendæ caussa, quamvis hæ iudicio testatoris capi intelligantur. Traditum in *L. in quartam*. 91. *L. id autem*. 76. & *L. in ratione*. 30. [2] *§. tametsi. eod.* Itaque & eas habiturus est heres, & nihilominus quartam ex his bonis, quæ mortis tempore fuerunt, retenturus. *L. in ratione*. 11. *§. fideicommissum. eod.*

IV. Inde nonnullis in caussis dubitatum, iurene hereditario res caperetur, an iure legati, cum legis Falcidiæ ratio ponitur. Ut in specie. *L.* 4 *eod.* Fundus mihi sub conditione legatus est. Pendente legati conditione heres me heredem instituit. Qua ex re factum est, ut, cum is fundus in bonis eius adhuc esset, quia conditio nondum exstiterat, *L.* & *post. §. res quæ. fam. erc.* ego cum fundum eius possederim, habuerim, idque eo iure, quo illius omnia bona ad me pertinent iure hereditario. Verum postea exstitit legati conditio, ut iam ex alia caussa, & aliunde hunc fundum habere incipiam. Quæritur, si a me supra dodrantem heres legaverit, & de lege Falcidia quæratur, debeatne fundus, de quo quæritur, in quartam imputari. Respondet Papinianus, in Falcidiæ ratione, non iure hereditario, sed legati meum esse intelligi. Unde colligitur, mihi in quartam non imputari. Nec ad rem pertinet, quod pendente conditione in bonis heredis, eiusdemque decessoris mei fundus fuerit. Eveniente enim postea conditione perinde habetur, [3] quasi res perpetuo mea fuisset, nec a me recessisset. *L. si fundum*. 105. *D. de cond. & dem.* Ut dicendum sit, dum pendet conditio, magis in pendenti fuisse, an iure hereditario hic fundus haberetur, quam revera iure hereditario meum fuisse.

V. Eademque caussa movit dubitationem in hac specie, si a me tibi fideicommissum, vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, videatur ne id post eiusmodi tempus iure hereditario capi, an iure legati, ut in quartam non imputetur. Sed in promptu est, id iure legati a me capi, cum a te proficiscatur, non ex bonis testatoris capiatur. *L. si a me*. 29. *ad leg. Falc.*

VI. In hoc tamen genere sciendum est, si ideo legatum heredi datum sit, ut integra legata, vel fideicommissa præstet, denegandam esse ei legati actionem, si lege Falcidia uti malit. *L. sed si ideo*, 75. *eod.* Ex quo intelligitur, ipsum quidem olim prohiberi non potuisse, quin Falcidia uteretur in singulis rebus a se legatis, si legatum sibi datum non agnosceret. Sed si agnosceret, ipsum hanc legem sibi imposuisse, ut in quartam imputaret secundum voluntatem testatoris. Nam hac lege legatum erat. Ita iam si Falcidia uti vellet, exceptione doli mali repelleretur. Lex enim Falcidia heredis caussa lata est; nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres, ut bene scriptum est in *L. potest*, 71. *eod.* Quo fiebat, ut, etiam si a vivo testatore aliquid in eam caussam accepisset heres, ne emolumentum legis consequeretur, hoc illi sua voluntate in [4] quartam imputaretur, *L. cum quo*, 56. *§. ult. eod.* Hodie nihil hac cautione ad inhibendam quartæ Falcidiæ detractionem testatori opus est. Recta enim potest a testatore prohiberi. De quo dicetur in extrema parte huius legis.

VII. Sciendum est præterea, si a legatario vice mutua tantum accipiat, quantum de legato eius deducere desiderat: hoc illi æquitate compensationis in quartam, quam deducere posset, si nihil ei legatum esset, imputari; ne iniquum sit, illum a legatariis quidquam legati nomine deducere

2) Quæ §. non de Trebellianica sed de Falcidia loqvitur. Vid. *not. Lib.* 7. *C. ult. N.* 3. adde de imputatione conditionis implendæ caussa acceptorum Maret. *Tr. Quartar. C.* 7.

3) Eveniente conditione mutata est caussa dominii, ut qui ante exsistentiam illius dominus ex caussa hereditaria, postea sit, ex caussa legati. Neque sic duæ causæ concurrunt, contra *L.* 3. *§.* 4. *de acq. poss.* sed se subsequuntur. Duar. *ad d. L.* 3. *§.* 4. *in fin.*

4) Ut tamen non ipso iure a detractione prohibeatur, sed per doli exceptionem. Et si minus quadrante sic donatum accepit, quarta illi replenda, arg. *L.* 25. *de inoff.* Gov. *ad d. L.* 56. *§. ult.* An autem testator quod vivus dedit heredi futuro, videatur in dubio, dedisse, ut in quartam imputetur, vid. Petr. Grangian. *Paradox. C.* 50. qui negat dicens, in specie *d. §. ult.* data fuisse 25. sub occasione legis Falcidiæ, cuius vel expressim, vel tacite mentio facta.

cere, cum tantumdem ab iis eo nomine accipiat. Sed & idem illud, quod vice mutua accipit, cæteris legatariis, a quibus id non proficiscitur, proderit, ut in quartam imputetur. Non quia quidquam, quod iure hereditario non capiatur, debeat in quartam hic imputari potius, quam in cæteris rebus: sed quia tanto minus heres legatario dedisse videatur, quantum ab illo pro legato accepit. Ut si fingas, quinquaginta legata esse Titio, & Titium damnatum esse, ut decem heredi daret, solum triginta videbitur heres dedisse, quia si decem cum decem compensarentur, nec ea ille a Titio acciperet, solum hæc triginta præstiturus fuerit. *L. Nesennius*. 22. *L. si dignum*. 19. *L. in ratione*. 30. §. *tametsi*. *ad leg. Falcid.*

VIII. Hæc de his, quæ legati iure heres capit. De eo, quod conditionis implendæ caussa capitur, scribit Caius in *L. id autem*. 76. *eod.* sive a coherede, sive a legatario, sive a statulibero detur, in quartam non imputari; & addit, quia mortis caussa capiatur. Quod non ideo dicit, quia ea sola non imputentur, quæ capiuntur mortis caussa: sed quia hæc sunt maxime, quæ non capiantur iure hereditario, ut quæ ne iudicio quidem testatoris capiantur. Ita si ne ea quidem imputantur in hanc quartam, quæ capiuntur iudicio testatoris, ubi ipsa non capiuntur hereditario iure: *d. L. in quartam*, 91. *eod.* hoc voluit intelligi superiore ratione, omnium minime imputari in quartam debere, quod conditionis implendæ caussa accipitur. Excipit Caius in *d. L. id autem*. 76. nisi peculiares nummi a statulibero dati fuisse proponantur. Recte: nam peculiares nummos testatoris fuisse constat, & ob id etiam inter heredes ex æquo dandi, si plures extiterint. Ergo & si de communi acervo nummi dati sint, necesse est, pars fuerit heredis, cui nummi dantur, & fuerit eius iure hereditario: ac proinde etiam hactenus quadranti imputetur. De alieno si dedit statuliber, Falcidia non intervenit, ut est in *L. Falcidia* 44. *eod.* Cum superiora omnia in quartam Falcidiam non imputari dicimus: id dici satis intelligitur, apud heredem ita illa esse, ut & quartam habeat iure hereditario, & hæc ipsa proprio iure supra quartam.

IX. Sed, ut non alia imputantur in hanc quartam, quam quæ heres iure hereditario capit: ita vice versa, si quæ hoc iure capit heres, omnia imputantur. Qua ratione Caius placuisse ait, quæ legatarii non capiunt, ea quadranti imputari: & addit rationem, quod cum apud heredes subsederint, hereditario iure capi intelligantur. Nec interest, inquit, utrum statim ab initio legatum non sit, an quod legatum est, remanserit. Hoc ille in *d. L. id autem*. 76. idem traditum in *L. non est dubium*. 50. *L. nec interest*. 51. [5] *L. ex asse*. 52. *ad leg. Falcid.* Nec alia significatio est huius definitionis Papiniani, cum ita scribit, in ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputari. *L. in ratione*. 11. *eod.* Retinentur enim legata, quæ ab herede non exeunt.

X. Sic tamen in quartam imputantur, quæ iure hereditario capiuntur, si ea in bonis defuncti fuerunt, quo tempore is moritur. Nam ea, quæ post mortem accedunt, extra rationem patrimonii habentur in ratione legis Falcidiæ. Inde est, quod placuit, si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, eius temporis peculium considerari, quo testator moritur: quia & in ratione huius legis ineunda id tempus spectatur, *L. eo tempore*. 50. §. *si creditor*. *D. de pecul.* Sed hoc ita est, cum peculium filii post mortem creditoris deminutum est. Quid enim interest, inquit Marcellus, peculium post mortem creditoris defuncti deminutum sit, an debitor pauperior factus sit? Quod si post mortem creditoris auctæ sint debitoris facultates, qui eo tempore solvendo non erat: dicemus, spectandum esse tempus, quo adita est hereditas; [6] quia facultatibus debitoris postea auctis, videatur ex post facto hereditas creditoris uberior ab initio fuisse, sicuti cum conditio crediti, seu debiti extitit post mortem. Extat hæc distinctio in *L. cum quo*. 56. *in princ. ad leg. Falcid.* Et de hac quantitate peculii aucta accipiendum est, quod est in *L. si creditor*. 83. *eod.* cum ita definitur, si creditor filii patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, heredi in quadrantem imputari, quod aditæ hereditatis tempore fuisset. Imputatur ideo, quia eo tempore pater debitor id habuit. Et quia habuit, videtur iam a principio hereditas eatenus plenior fuisse.

XI.

5) Quam *L.* 52. varie corrigunt, Govean. *ad eam L.* & Cuiac. 25. *Obs.* 24. Sed recta est Florentina lectio, de cuius sententia vid. Hot 2. *Obs.* 24. & Ant. Fab. 1. *Coniect.* 15.

6) Ita & Pac. 4. Q. 64. quia, inquit, si auctum peculium fictione quadam iuris, hoc augmentum retrotrahitur ad tempus mortis *d. L.* 56. §. 1.

XI. 7 Paulo aliter hæc in fideicommissaria hereditate restituenda se habent. Etsi enim ea, quæ aliunde, quam per caussam testamenti capiuntur, in quartam ei non imputentur: tamen quæ capiuntur iudicio testatoris, omnia imputantur. Quo quid contineatur, docui pluribus suo loco, superioris Libri Cap. XXVIII. traditum generaliter in *L. mulier*. 22. *§. si heres*. *D. ad Trebel.* Quod si explicetur, hoc illud est, quod scribitur in *L. in quartam. ad leg. Falcid.* sive legatum heredi datum sit, sive fideicommissum, sive quid datum conditionis implendæ caussa, id omne in quartam Trebellianicam imputari.

XII. Quæ differentiæ caussa esset, diu, & multum quæsitum est. Nam cum senatusconsulto Pegasiano cautum fuerit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceat quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur: *§. sed quia heredes. Instit. de fid. her.* quid est, cur contra exemplum legis Falcidiæ putentur in quartam Trebellianicam satis esse ea, quæ iure legati, aut aliter iudicio testatoris capiuntur? Mihi vero in verba tum legis Falcidiæ, tum senatusconsulti Pegasiani, sed præcipue in id, quod legatorum præstatione, & hereditatis restitutione agitur, intuenti, non difficilis illius 8 differentiæ explicatio esse videtur. Verba utriusque legis omnes vident. Legis Falcidiæ verba ita sunt, ut heredes quartam partem capere debeant, non cuiuslibet rei, aut quorumlibet bonorum, sed nominatim quartam partem hereditatis. Non est quarta pars hereditatis, nisi quæ capitur eo iure, quo hereditas, aut pars eius haberi solet. Non habetur autem, nisi ab herede, & iure hereditario. Quocirca ut hæc quarta ab heredibus haberi debeat iure hereditario, non obscure verba efficiunt. Senatusconsulti autem verba de quarta fideicommissariæ hereditatis retinenda referuntur in *§. sed quia heredes. Inst. de fid. her.* Ut ei, qui rogatus erit hereditatem restituere, perinde liceat quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quarta pars simpliciter hic nominatur, nec quidquam additur, quo intelligi possit, quarta pars hereditatis designari potius, quam quarta bonorum, & singularum rerum, quæ tantum efficiat in quantitate rerum, quantum efficit quarta pars hereditatis. Itaque res incerta relicta est Iurisprudentium interpretationi, & quæsitum, utrum horum hic accipere deberemus. Et natura, ac potestate utriusque tum præstationis, & restitutionis expensa ita reperietur, non aliud dici debuisse, quam quod veteres statuerunt, in restitutione hereditatis, quartam par-

7) Dissentit Cuiac. 8. *Obs.* 4. volens, parem esse caussam quadrantis quem fideicommissarius gravatus, & quem legatis oneratus heres deducit. Eamdem esse quartam Falcidiam, quæ in omnibus fideicommissis locum habeat, per *L.* 1. *de leg.* 1. quæ tamen Lex fideicommissa singularia exæquata legatis dicit non universalia, quæ toto cælo discrepant.

8) In ratione discriminis huius reddenda mire interpretes variant. Govean. *ad L.* 30. *§.* 7. *h. t. n.* 3. quia favorabilior est heres, quam legatarius; fideicommissarius autem quam heres, idcirco plura in Trebellianicam imputari. Ratio nimis generalis. Maret. *Tr. Quartar. C.* 5. *n.* 10. *&* *C.* 6. *n.* 7. rationem Accursii sibi optimam videri. Quia heres Falcidius gravatur in uno, quod tenetur creditoribus, (non ita Trebellianicus æquum visum esse ei magis faveri, & Loriot. *de Iur. Arte*, *Tract.* 16 *de Legatis*, *Axiom.* 22. Quæ pars est rationis nostri Donelli. Duar. 2. *Disp.* 10. SC. Pegasianum imitari legem Falcidiam, sed cum aliquo temperamento æquitatis. Senatus enim, & Prætor legem interpretantes, a verborum proprietate non recedunt, cum potestas eorum LL. inferior sit. In iis autem, quæ ad exemplum introducunt, ita imitantur legem, ut maiorem tamen habeant æquitatis rationem. Videre hoc est in bonorum possessione, ubi non opus est iussum patris præcedere, sed quivis consensus sufficit. Ut & in restitutione fideicommissaria ratihabitio satis est. Hinc in fideicommissis legatorum exemplo introductis pleræque subtilitates neglectæ. Sic & hic, inquit, legis Falcidiæ verba clara de quarta detrahenda. Senatusconsulti Pegasiani verba non exstant, sed colligi potest, ea fuisse, ut liceret quartam retinere. Et huius Trebellianica detractio ad conservationem testamentorum pertinet. Ita Duaren. *d. C.* 10. & fere *hoc tit. C.* 8. *fol.* 560. *& sequent.* ubi & conici posse non fuisse in Senatusconsulto factam mentionem hereditatis; ideoque intelligi quartam bonorum. Char. 2. *Verisim.* 4. ita: Falcidia detrahitur ex legatis, a quibus tota exhauriebatur hereditas. Recte ergo hereditarium esse debet, quicquid in eam imputatur. SC. id tantum inspexit, ne heres gravatus onus sine commodo sentiret. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 5. quia verbum, *hereditatis*, quo Lex Falcidia utitur, ad legata extendi potuit. In omni autem fideicommissaria hereditate etiam ab intestato locus est detractioni Trebellianicæ. Igitur necesse est omne genus relicti imputare. Sed posteriorem partem huius rationis, & quæ sit illius illationis vis, & necessitas, non satis percipio. Matthæ. *Lib.* 2. *de Via Iur. C.* 22. *n.* 12. quia ita receptum, ac huiusmodi forma Falcidiæ, ac Trebellianicæ a LL. præscripta. Sed non expedit, cur ita receptum; Et ita fere confugit ad ignorantiæ subsidium, quo ipse *eod. Cap. n.* 9. dicit, miseros se recipere, videlicet ad *L.* 20. *de LL.* Acute quidem A. Fab. 6. *Coniect.* 3. *&* 4. sic: Lege Falcidia ita restituta libera legandi facultas, ut tamen de solo fiat dodrante, quadrante integro, quem Lex omnino vetat onerari. Hic igitur quadrans iam heredi sola potestate legis confectus est, antequam quidquam ei testator legaret, vel alio modo relinqueret. Contra SC. Pegasianum tantum retinendi quadrantis potestatem fecit: Non vero eripuit testatori facultatem totius hereditatis fideicommittendæ. Diversa hæc: Heres rogatus de tota hereditate restituenda quartam deducit; quod verum est: & Heres non potest ita rogari, quod falsum. In Falcidia autem verum est. Heres non potest onerari ultra dodrantem: Lex Falcidia prohibet plus legare. SCt. non item. Ergo ei satisfit si quartam habeat heres, undecunque consequatur. Quarta Trebellianica non ipso iure, sed per doli exceptionem retinetur, *L.* 21. *ad Trebell.* Falcidia autem capitur iure hereditario, legata ipso iure minuuntur, & legatariis non amplius dodrante capere licet *L.* 67. *h. t.* Acuta hæc quidem; Sed quærendum tamen superest, cur diverse disposuerint L. Falcidia & SC. Pegasianum, ac ratio rationis investiganda. Ea non incommode poni videtur a Cl. Arumæo *Exerc. Iustin.* 9. *Th.* 17. in præsumpto testatoris erga heredem affectu, quem plus creditur testator dilexisse quam legatarios. Contra autem maiore prosequi fideicommissarium, quam fiduciarium. Confer. Fach. 5. *Contr.* 15.

partem hereditatis, quæ retineri debet, non eam accipi debere, quæ sit quarta hereditatis: sed eam, quæ constet ex iis rebus, quæ capiuntur quovis modo iudicio testatoris, dum eamdem quantitatem efficiat, quæ foret in quarta hereditatis. Senatusconsultum Trebellianum facit, ut, restituta hereditate ex caussa fideicommissi, non habeatur iam pro herede is, qui restituit, utpote omnibus actionibus, quæ ei, & in eum competebant, translatis in fideicommissarium. *§. restituta. Instit. de fid. her. L. 1. D. ad Trebell.* Non convenit autem, ut postulet quartam partem hereditatis sibi tanquam heredi dari is, qui heres non est.

XIII. Et hoc quidem usque ad dodrantem hereditatis, qui restituitur, manifestam rationem habet. Quod ad reliquum quadrantem hereditatis attinet, si & hunc quoque restituit heres ita, ut, eo restituto, nec pro ea parte habeatur pro herede, etiam hactenus idem probandum apparet. Atqui in ea caussa est heres, cui hereditatem restituere iusso aliquid legatum est. Quatenus enim ei legatum est, placet, eum hactenus non pro herede esse, sed pro legatario, ut nec ad eam usque quantitatem teneatur creditoribus hereditariis. *§. si quis una. Institu. de leg.* Nec vero moleste ferre debet id ita fieri, dum hoc modo una, eademque opera & voluntati testatoris satis fit tota hereditate, aut quanta maxima fieri potest, restituta, & simul ipsi heredi ita consulitur, ut pro parte hereditatis, quam restituit, aliquid accipiat, quod tantumdem efficiat, & præterea hoc ei præstetur, ut sit immunis ab ære alieno. Cur ergo & in eo quadrante postulet se pro herede haberi, quatenus legati nomine quid accipit, qui eatenus non habetur pro herede? Fingamus, eum quartam partem hereditatis iure hereditario retinere. Tamen, cum restituto hereditatis dodrante, pro maxima parte desinat pro herede esse, non debet ne sic quidem prætextu minimæ partis tanquam heres, totius hereditatis quartam desiderare. At lex Falcidia, quæ de legatis præstandis scripta est, longe aliud de herede onerato cavet. Non enim vult actiones, quæ heredi, aut in heredem dantur, legatariis, & in legatarios dari, sed solum legata præstari iubet. Itaque ius vetus confirmat de actionibus hereditariis, quo cum placeat his oneribus teneri heredes, non legatarios: *L. ult. C. de hered. act. L. si hereditatem. D. man.* sequitur, eadem lege suffragante, ut heres, persolutis omnibus legatis, quanvis in patrimonio nihil restet, quod non erogarit, nihilominus tamen in totum heres maneat, nec minus subiiciatur omnibus oneribus hereditariis.

XIV. Nec quisquam mihi obiiciat, legata præstari deducto ante omni ære alieno. Non enim eo minus tenetur heres hereditariis creditoribus; neque eo minus sua onera, & incommoda hereditati restant. Nisi forte quis non putat onera esse, quod negotia hereditaria gerenda sunt, ut legatariis consulatur; quod res in tuto collocandæ; quod vexatio æris alieni dissolvendi suscipienda. Adde offensas, & invidiam, quæ ut plurimum heredem sequuntur, dum se ita instituit, ne quibuslibet petentibus statim præstet, quod petunt. Cum igitur heres maneat in totum, qui nihil de oneribus hereditariis in legatarios exoneret: consentaneum est, hunc quoque, si quid habeat, tanquam heredem habere debere, cum sit per omnia heres: Et, ut lex Falcidia loquitur, debere eum, ut heredem, quartam partem hereditatis ex eo testamento capere.

XV. Quod tamen de fideicommissaria hereditate restituenda Mæcianus dixerat, omnia in quartam eius imputari, quæ iure legati capiuntur, sive quid heredi legatum est, sive præcipere, deducere ante iussus est: id in præceptione, sive legato corrigit. Ait enim, in eo genere id solum imputari a coherede, qui iussus est portionem restituere, & rem aliquam præcipere, quod iure hereditario capitur; pro reliqua vero parte, extra quartam id esse, quod a coherede accipitur, quæ scilicet legati iure accipitur. *d. L. in quartam. ad leg. Falcid.* Qui locus cum sit a me superiore libro expositus in ea parte, quæ est de ipsa hereditatis restitutione, ad quam proprie & Trebellianum senatusconsultum, & quarta eo senatusconsulto inducta pertinet: non est quod de eadem re plura verba hic faciam, & loco alieniore, & repetitione eo insuaviore, quod facile illa omnis tractatio ex suo loco statim sumi potest. Exposui *Lib. superioris Cap. XXVIII.*

CAP.

C A P. XXVII.

Quarta Falcidia quibus ex rebus deduci possit, & quomodo ab herede obtineri. Ad extremum beneficium legis Falcidiæ de quarta ex legatis deducenda, quam late pateat, idest, ubi locum habeat, ubi non habeat.

Si dodrantem testator excesserit, legata pro rata portione ipso iure minuuntur. Id quam uam vim habeat. I.
Quatenus heres legata, quæ divisionem non recipiunt, solida præstet. II.
Fundo, & ad eum via per alium fundum legata, si tantum in via quantum ex Falcidia de utroque legato detrahendum, fundus solus capitur, via perit. III.
Si plus sit in via, quam quarta heredi debita, utrumque legatario præstandum, & fundus integer, & via, ut tamen doli exceptionem habeat heres, quaconsequatur, quod ipsi deest, ne legatarius plus, quam illi debetur, consequatur. IV.
Legatum ususfructus recipit divisionem. V.
Dos uxori legata, & mulieris causa empta, paratave integra præstantur. VI.
Item servus legatus, ac a legatario manumitti iussus. Si vero quid præterea etiam ipsi servo legatum, venit in rationem Falcidiæ. VII.
Id ipsum, quod in servo testatoris obtinet, etiam in servo legatarii admittendum. Quid si pecunia legata rogatus sit legatarius servum alienum redimere, & manumittere. VIII.
Si quædam pure legata, quæ dodrantem non excedant, & simul quædam sub conditione, quæ, si advenerit, lex Falcidia locum habeat, quanam cautione illa heres præstet. IX.
Eadem cautio necessaria in annuis legatis. Quando impuberi. X.
Subiunguntur duæ quæstiones. XI.
Legatarii, & fideicommissarii legis Falcidiæ beneficio non utuntur. XII.
Interdum relicta a legatario per consequentiam minuuntur. XIII.
Hoc beneficium quartæ quidam in totum non habent, quidam, cum habuerint, amittunt. XIV.
Ut quis non habeat accidit ex tribus causis. XV.
1. *Ex privilegio testantis militis.* XVI.
2. *Ex favore legati: in dote, & ad pias causas relictis. Olim secus.* XVII.
3. *Ex voluntate testatoris, si detrahere prohibeat. Prohibuisse autem censetur, & si vetet, ne res alienetur. Secus olim.* XVIII.
His exceptis, omnes ut res legatæ, sic personæ, quibus legatur, si supra dodrantem legatum sit, Falcidiam patiuntur. XIX.
Quidam facto suo eam amittunt in universum, quidam in re aliqua. XX.
In universum amittit qui inventarium non confecit. XXI.
In re aliqua heres ex tribus causis. XXII.
1. *Si testamentum celet, vel rem legatam casu periisse dicat.* XXIII.
2. *Si incapaci rogatus restituere, ubi fisco quarta vindicatur.* XXIV.
3. *Si sciens, vel in iure errans totum restituit, secus si errans in facto.* XXV.
Si tamen quasdam alias res adhuc habeat, per doli exceptionem quartam etiam pro datis retinet. Idem si una res sit legata, cuius pars soluta sit. XXVI.

I. Redeo igitur ad quartam Falcidiam, cuius deductioni cum constabit omnibus computatis, quæ in eam imputari possint, nihilominus ex lege locum esse: tum quæretur ad extremum, quibus ex rebus deduci possit ab herede, tum quomodo, & qua via ab eo obtineri. Et de eo ita scribit Caius in *L. in quantitate. 73. §. ult. D. ad leg. Falc.* optimum quidem esse statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquantur. Quod si excesserit

rit quis dodrantem, ipsa [1] pro rata portione per legem [2] ipso iure minui. Quo significat, tum quartam, aut quod quartæ deest, detrahi de singulis rebus legatis, & quidem ipso iure ita, ut singularum rerum legatum hactenus ipso iure minuatur, factum eatenus heredis, aut certe non legatum. Sed minuuntur proportione, inquam: id est ita, ut quantum deest ad quartam totius hereditatis, quod de universa hereditate sumi possit, tantum de singulis rebus legatis proportione decedat. Id hanc vim habet, ut si totum patrimonium exhaustum sit ita, ut de hereditate integram quartam detrahere heres debeat, eam non deducat in una aliqua re hereditaria, aut in pecunia numerata tantum sibi præcipiat: sed in singulis rebus quartam eamdem pro portione habeat ita, ut singulas cum legatariis partiatur, illi ut dodrantem in singulis habeant, hic quartam, quam iure ipso tanquam suam possit retinere, si possidet, si non possidet, possit vindicare a quovis possessore. *L. lineam*. 26. *L.* 1. *§. si legatarius. ad legem Falc.* Quod si legatarius rem legatam occuparit sine voluntate heredis, habet heres interdictum Quod legatorum, quo consequi potest, ut res tota sibi restituatur, *L.* 1. *D. quod leg. d. L. lineam. ad leg. Falcid.*

II. Sed hæc quartæ retentio, quam diximus, in his rebus locum habet, quæ divisionem recipiunt. Quid fiet, si legata sit res, quæ divisionem non recipit, ut iter, via, & si quid heres ædificare iussus est? Placet, rem ita transigi debere, ut solida hæc præstentur; heredi autem ita consulatur, ut, æstimatione facta legati, denuntiet legatario, ut partem æstimationis inferat. Si non infert, utatur heres adversus eum doli mali exceptione. *L. si is qui quadringenta.* 80. *§. ult. L.* 7. *ad leg. Falcid.*

III. Interdum evenit in hoc genere rerum, ut de una re legata sumatur, quod præstetur pro alia, ita ut hæc solida detur, eius autem, unde quarta sumitur, legatum exstinguatur. Veluti si fundus, & ad eum via per alium fundum legata sit. Nam si tantum sit in via, quanto amplius est in Falcidia, puta si in Falcidia quæ de utraque re retineri debet, sint decem, & via valeat decem, integer fundus capietur, & Falcidiæ de viæ æstimatione ita sumetur, ut via pereat. *L. si fundus*, 23. *L. Plautius*. 49. *§. ultim. ad leg. Falcid.* Quæ computatio in hac re pro commodo utriusque & heredis, & legatarii inducta est. Nam & heres isto modo consequitur, quartæ nomine, quod satis est; & legatarius solidum fundum, quem alioqui solidum non consequeretur. Nec de via amissa hoc casu quæri debet, quia etsi pars in fundo Falcidiæ nomine caperetur ab herede, æque legatario viæ legatum exstingueretur, nec tamen solidum fundum haberet. Servitus enim pro parte dominii acquiri non potest. Huc spectat Pauli ratio reddita ab eo in hac specie in *d. L. Plautius*. 49. *in fin.*

IV. Quod si via legetur, nec solvendo sit hereditas, placet, viam ante omnia deduci, ut sic nec debeatur. Sic deinde in reliquo patrimonio iniri rationem legis Falcidiæ, ut & fundus legatus, & cæteræ res legatæ ipso iure minuantur. Hoc Scævola in *d.* 3 *L. si fundus*. 23. Addit ibidem,

1) Unde res omnes communicantur inter heredes, & legatarios. Et in omnibus utrique habent partes indivisas Duar. *h. t.* C. 3. Non tamen semper quarta pars de legatis, sed quandoque minor detrahitur, si legata dodrantem excedunt, sed assem non exhauriunt, vel absumunt. Ut, si 400. in bonis habent, legat 350. detrahitur non quarta pars, id est 100. sed octava, id est 50. Duar. *h. t.* C. 2. vid. & Parlador. 1. *Rer. quotid.* 18.

2) Duar. *h. t.* C. 2. Govean. *ad L.* 96. *h. t. n.* 2. A. Fab. *Coniect.* 6 & 6. *Coniect.* 2. *&* 3. quia legandi facultas libera, LL. Furia, & Voconia imminuta, hactenus tantum restituta, ut quadrans illibatus maneret heredi. Non itaque opus prætoriæ iurisdictionis auxilio, ut detur exceptio doli: licet ea aliquando fiat necessaria, & eveniat, ut non possint minui ipso iure: Ut si ex pluribus legatis heres quædam solvit sine detractione Falcidiæ, & non interposita stipulatione. Quanto amplius legatorum nomine acceptum *L.* 16. *hoc tit.* Item si res legatæ natura divisionem non recipiant, ut hic noster. Falso itaque Cuiac. 8. *Obs.* 2. *&* 10. *Obs.* 28. iure veteri solam esse retentionem quartæ, per oppositam exceptionem doli, vel in factum. Primum Iustinianum dare vindicationem *L. pen. C. h. t.* Nam immo doli exceptio non est in iis casibus, quibus per legem minui non possunt legata, A. Fab. *d. C.* 6. Et dari vindicationem probat *L.* 26. *h. t.* Resp. quidem Cuiac. *d. C.* 2. id ibi esse speciale in rebus legatis, quæ apud legatarium fuerunt mortis tempore, quas forte a vivo testatore consequutus, ubi non est locus retentioni. Sed male. (1) quia ratio specialitatis firma non est, cur hoc potius casu habere debeat vindicationem heres, contra legatarium, quam alio, forte contra alium possessorem. (2). Si vivus præstitit rem, non ut legatam accepit is, cui res adscripta, sed ceu donatam inter vivos. (3). Vindicatio non est subsidiaria retentionis per exceptionem, sed hæc illius. Et Cuiacius refellitur non tantum ex *d. L.* 73. *§. ult. h. t.* ubi verba *ipso iure* minime sic exponi possunt, *Suo iure*, iure hereditario; eo quod habet a lege Falcidia, quæ dat retentionem. Passim enim, & infinitis locis opponuntur, *ipso iure, & per exceptionem*, sed & ex *L.* 12 *h. t.* ubi legatario contra heredem datur doli exceptio ne Falcidiam deducat. Si heres quando deducit Falcidiam ut regulariter, uteretur doli exceptione, utique legatario casibus, quibus a deductione prohibetur, danda esset doli replicatio, non exceptio. Item ex *L.* 1. *§.* 5 *Quod legat*, vid. Fab. *d. C.* 6. *& d. C.* 12.

3) Ubi male Govean. pro *& via perit* reponit, *nec via perit*. Nam cum eo casu, quo tantundem, vel amplius est in Falcidia quantum in via, nullatenus via præstetur, sed solus fundus, necesse est eam perire, cum nullibi consistat, nec heredi res sua servire possit. Non etiam recte, idem & A. Fab. 4. *Coniect.* 6. voculam *amplius* expungunt (ceu glossographi ea sit) putantes eo casu, quo viæ pretium non sufficit compensationi quartæ, ex utroque legato fundi, & viæ deducendæ, viæ legatum plane inutile fieri, eo quod ex caussa Falcidiæ parte fundi legati detracta, via alteri fundi parti, quæ legatario præstanda, acquiri per illius conditionem, qua pro parte acquiri non potest, nequeat. Atque

dem, *si fundo, & via legatis, minus ex utroque desideretur, quam sit viæ pretium, posse coacta ratione dici, non tantum fundum solidum capi, sed etiam ut doli exceptio tantum farciat, quantum deest, ne plus habeat, quam Falcidia desiderat; ut tunc solum via intercidat, quoties plus Falcidia desiderat, quam est viæ pretium.* Verba sunt Scævolæ: sed oratio paulo obscurior, quæ sic interpretanda est. Vult Scævola, si fundo & via legatis, minus ex utroque desideretur, quam sit viæ pretium, viam hoc casu perire legatario iniquum esse, cum plus sit in via, quam in quarta, quæ heredi debetur. Posse igitur dici, solidum præstandum esse, & fundum, ne, eo diviso, via pereat: & viam, quia eam perire iniquum sit: sed hac lege viam præstandam, ut doli exceptio tantum farciat, supple *heredi*, quantum deest, ne legatarius plus habeat, quam Falcidia desiderat; in summa in hac tota specie id statuendum, ut tunc solum via intercidat, quoties plus Falcidia desiderat, quam est viæ pretium, aut desiderat tantumdem. Secundum quam distinctionem accipiendum erit dictum Pauli in *d. L. Plautius. 49. §. ult.* qui alioqui illic sine distinctione scripsit, cum fundus, & ad eum via legata est per alium fundum, evenire in Falcidiæ ratione, ut sequens legatum viæ extinguatur.

V. De usufructu legato nulla dubitatio est, quin in eamdem computationem cum cæteris rebus veniat, & similiter lege Falcidia minuatur, cum supra dodrantem legatum est. Divisionem enim recipit. *L. 1. §. si ususfructus. L. sed ususfructus. 81. ad leg. Falc.*

VI. Sed cum omnia legata regulariter ita minuantur, ut supra dixi, quoties testator dodrantem excessit: sunt tamen, quæ excipiantur, quæ placuit solida præstari. In primis duo illa, de quibus commemoravi initio, quasi lege ipsa excepta essent, dos uxori legata, & quæ mulieris caussa empta, paratave sunt. De his rebus scribit Caius in *L. sed ususfructus. 81.* eas extra rationem, & modum legis Falcidiæ esse, & ut essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum esse. Hoc sentit, hæc ita extra legis Falcidiæ rationem esse, ut

que sic exponit Faber voculam *intercidat*. in *d. L. 23.* ut significet inutiliter legatam esse, faciens discrimen inter *perire*, & *intercidere*. Ut priore casu, quo nihil plus in Falcidia, quam in via, pereat quidem via, seu non præstetur; sed non ideo legatum esse inutile, facere namque quo minus per Falcidiam legatum alterum fundi minuatur. Posteriore autem casu, quo plus in Falcidia, quam in viæ pretio, intercidat via, ac non tantum non præstetur, sed nec quidquam commodi ex isto viæ legato ad legatarium perveniat, nec quidquam minus fundi legato ex Falcidiæ ratione deducatur, quam si via legata non esset. Idem Faber in illa specie, qua viæ æstimatio Falcidiam ex utroque legato deducendam superat, solum fundum dicit præstandum, sed ita, ut per doli exceptionem legatarius consequatur quanto plus est in viæ pretio, quam in Falcidia. Ac posterius hoc rectius quam noster, Accursium sequutus. Tum quia nullum verbum in *L. 23.* de via legatario præstanda, tum quia ibi doli exceptionem non dari heredi, sed legatario, convincit vocula *desiderat*. Nam si via præstaretur, & heredi in pecunia dandum esset, quod ob Falcidiam eum habere oportet, atque sic verba *ne plus habeat* respicerent ad legatarium, non utique sic loqui debuit ICt. sed sic, *ne plus habeat* (legatarius) *quam Falcidia permittit*. Apparet itaque verba, *ne plus habeat*, referenda esse ad heredem, proindeque doli exceptionem dari legatario, cuius vi fit, ne heres plus habeat, &c. Falcidia certe desiderat, ne plus legatarii consequendo quadrans non maneat integer. Non desiderat Falcidia, ne heres plus habeat quadrante. Permittit enim vel ei solidum relinqui. Cæterum priorem Fabri opinionem nec æquam, nec veram puto. Nunquid enim minus æquum ex legato viæ commodi quid percipere legatarium, cui & fundus, & via relicta, si viæ pretium aliquanto minus eo, quod ex utroque Falcidiæ ratione deducendum, quam si forte æquet, aut parumper excedat? Nunquid maior hic, quam illic ratio sustentandæ voluntatis defuncti? Nunquid magis ac minus in pretio rei variabunt decisionem? Nunquid plus dabimus favori legatarii, si via maioris pretii quam si minoris? Quis vero probet, illam inter *perire*, & *intercidere* differentiam? Denique vere contraria est Fabro regula illa: legata quæcunque inutilia sive ab initio, sive postea reddantur, heredi in Falcidiam imputari, *supr. Cap. præced. N. 5.* Nec vero vera est Fabri restrictio, quasi obtineat tantum ratione aliorum legatariorum. Immo obtinet etiam ratione eius legatarii, cuius legatum inutile, ut aliquanto plenius ei præstetur aliud legatum utile eidem datum. Et quid si huic uni legatum sit? Pone enim. In hereditate sunt 400. Legatus Caio fundus dignus 320. eidemque via ad eum pretii 40. Hic heredi ad quadrantem desunt. 60. quæ in via soli haberi nequeunt; Proinde, ex Fabri opinione legatum viæ inutile. Quia tamen eo ipso imputandum in Falcidiam, quod ab herede non præstatur, per supra dictam regulam, fiet, ut ex fundi legato non 60. sed 20. deducantur. At finge, plures esse legatarios. Ut in bonis 400. Seio legata 100. Titio 100. Caio fundus 150. dignus, & via ad eum valens 30. Quadranti desunt 80. Si legatum viæ ideo, quod compensationi eius, quod per Falcidiam deducendum, uti 80. non sufficit, inutile; & tamen in eam imputatur: per dictam regulam fiet, ut Seio detrahantur 24. & duæ septimæ, Titio totidem, & Caio 21. & tres septimæ. Cui, si via non imputaretur, ex fundo deducerentur, 34. & 2. septimæ: ut habeat 115. & quinque septimas. At si nobiscum dicas, legatum viæ consistere, quod ratio suadet, detrahet heres ex utroque fundi, & viæ legato 37. & 17. novendenas. Nempe quia 80. eum habere oportet, Seii legatum minuetur 21. & una novendena; Titii totidem; Caii fundus 31. & una novendena; via sex, & sex novendenis. Atque sic in universum habebit Caius 142. & duas novendenas. Idque æquum, ac conveniens est. Nec quidquam obsistit vel illa iuris ratio, quia via pro parte præstari nequit. Nam si cum servitus sola legata, & in ea Falcidia inducenda, solida præstanda, ut partem æstimationis inferat legatarius *L. 7. L. 80. § ult.* quidni & hic cum Falcidiam non æquat pretium viæ, eius ratione ita ab herede retineatur, ut quod deest, legatarius suppleat. Nec obstat *L. 49. §. ul. h. t.* quæ fefellisse videtur virum doctissimum. Nam exstingui legatum viæ vere dico; sed ita, ut ob illius exstinctionem integrius maneat aliud legatum; quod si absque eo esset, plus diminueretur, ut & noster recte intelligit. Ex quibus jam apparet, nihil ex vulgata lectione *d. L. 23.* immutandum. Sed in ea sic distingui. Aut plus est in Falcidia, quam in via, & integer fundus capitur, quod deest Falcidiæ a legatario supplendum. Aut minus, & solus eius etiam fundus capitur, sed id, quod æstimatio viæ excedit Falcidiam, legatario ab herede insuper exsolvendum. At sic, dices, omissus casus, quo tantundem in uno quantum in altero. Resp. Verbis omissus, ideo quia rarissime, & vix eveniet, ut viæ pretium Falcidiæ deductioni plane, & exacte conveniat. Quod ex communi vitæ usu facile liquet, cum legata testamenti sint certa, facultates fere incertæ &c. Sententia non omissus, qui illo casu, quo plus est in Falcidia sic deciso, nulla de hoc, quo tantundem, probabilis superest dubitatio.

ut nec in patrimonio numerentur. Eoque nec tanquam inde legata iure Falcidiæ minuantur. Indicat, cum ait, in dote relegata, mulierem rem suam recipere videri. Eadem vero & in rebus eius nomine paratis ratio est.

VII. Sed etsi servus ita legatus sit, ut rogaretur legatarius eum manumittere: si quidem nihil præterea ei legatum est, unde quartam, quæ per Falcidiam retinetur, retinere possit heres, 4 cessat Falcidia. Sin quid legatum sit præterea, etiam si ipsi servo legatum sit, placuit, Falcidiæ locum esse, & quidem ita, ut, in eo, quod præterea servo legatum est, placeat ita Falcidiam admittendam, ut inde & quod pro servo præstandum est, sumatur. Exstat hæc distinctio in *L. si servus*. 33. & *L. plane*. 35. *ad leg. Falcid.*

VIII. Quod si in servo testatoris obtinet, etiam in servo legatarii admittendum est. Quod Paulus sic explicat in *L. sed si*. 36. *eod.* ut dicat, si pecunia legata rogatus sit legatarius servum suum manumittere, Falcidiam similiter passurum eum & nihilominus cogi servum manumittere: & addit rationem, quia testator tanti videtur æstimasse servum. Si pecunia legata rogatus sit legatarius servum alienum redimere, & manumittere, scribit eodem loco Paulus, id est in *L.* 36. in eo legatarium non plus, quam accepit, ad redimendum cogi impendere. Quod ex superioribus ita interpretandum videtur, ut, sive tantumdem ad redimendum impendit legatarius, quantum accepit, sive minus, pecunia quanta accepta est, patiatur Falcidiam. Sin legatarius plus impenderit, quam accepit, id quod amplius est in rationem legis Falcidiæ non veniat; quia non sit ex legato. Non enim cogitur plus, quam accepit, impendere. Addit ibidem, si heres rogatus sit servum suum manumittere, cum servum iam non esse computandum in patrimonio, ut id augeat, sed ut æs alienum esse deducendum.

IX. Interdum quæ legata per se minui possunt, ex conditione solida præstantur in præsentia, sic tamen, ut ex eventu minuantur. Quod accidit, quoties pure quædam legata sunt, quæ dodrantem non excedant, & alia quædam sub conditione, quorum conditio si exsistat, futurum sit, ut legi Falcidiæ locus fiat, id est, ut, illis accedentibus, supra dodrantem legatum intelligatur. *L. in quantitate*. 73. §. *magna. vers. sed etsi. ad leg. Falc.* Nam cum ea, quæ pure legata sunt, nec modum legis excedunt solida præstanda sint: & tamen si postea exsistat aliorum legatorum conditio, lex Falcidia locum habeat, ut ea, quæ prius data sunt, eventu minuantur: in eam rem cautum esse debet heredi, ut legatarii stipulanti promittant, si apparuerit, eos legatorum nomine amplius cepisse quam per legem Falcidiam licet, se reddituros. Hæc illa est cautio, de qua peculiari titulo agitur in Pandectis post titulum ad legem Falcidiam, sub hac inscriptione. Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur. Ubi occasio, & locus huius cautionis, quid contineat, vis item, & potestas dilucide explicatur, maxime in *L.* 1. *statim a principio*. Tantum nunc admonendi videmur, hanc cautionem esse non nudam, sed satisdationem; *L.* 1. *in princ. L.* 4. *in pr. D. eo. tit.* id est eam stipulationem, qua quod promittunt legatarii se præstaturos, promittunt fideiussoribus in eam rem datis. *L.* 3. §. 1. *eod.* id enim satisdare significat. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* Exigendæ in hac re satisdationis ratio hæc fuit, quod nuda re promissio hic fuit supervacua, cum & sine ea repeti potuerit, quod solutum est, in debiti conditione. Satisdatio autem ad conditionem ideo necessaria, quia fieri potest, ut legatarius aut iam non sit, aut postea esse desinat solvendo, atque ita fiat, ut pereat heredi, quod datum est. Quod ne accidat, satisdatione illi prospicitur. *L.* 1. §. *hæc stipulatio. eod. L. is cui fideicommissum*. 31. *ad Falcid.*

X. Ergo eadem cautio locum habebit, cum quæ ab impubere instituto legata erunt, non excedent modum legis Falcidiæ: verebimur autem ne, impubere mortuo, cui secundis tabulis substitutus datus erat, alia legata inveniantur, quæ contributione facta dodrantem excedant. *L.* 1. §. *interdum. L. si is, qui quadringenta*. 80. *ad leg. Falcid. L.* 1. *in prin. D. si cui plus quam per leg. Falc. lic.* Nempe ideo, quia legata secundis tabulis relicta, perinde habentur, quasi primis tabulis relicta essent sub conditione. *L. in ratione*. 11. §. *quod vulgo. in fi. L. qui fundum*. 87. §. *ult. ad leg. Falcid.* Secundum quæ dicendum fuit, quod Paulus scribit, si in annos singulos legatum

4) Quia enim immensa libertatis æstimatio, nulla ratione calculus dodrantis, vel quadrantis subduci potest, Forner. 2. *Select.* 25. Neque etiam libertates vere excipiuntur, cum nec legari proprie dicantur, Govean. *ad L.* 1. §. 7. *h. t.* vid. *not. supr.* Cap. 2. *N.* 13.

tum sit Titio: quia multa legata sunt, & conditionalia, eidem illi cautioni locum esse in legatis priorum annorum præstandis. *L. 1. §. si in annos. eod.* Quibus omnibus consequens est, quod Celsus scribit in *L. si propter. 53. eod.* si propter ea, quæ sub conditione legata sunt, pendet legis Falcidiæ ratio, præsenti die data non tota vindicari. Sane enim superiore cautione introducta sit, ut simpliciter non recte vindicentur tota. At cautione oblata, recte vindicabuntur.

XI. His expositis, exposita est legis Falcidiæ sententia, & cognita ea imminutio legatorum, quam hoc loco quærimus; ut sciri possit, cum supra dodrantem hereditatis legatum est, quantum per legem Falcidiam fit in legato. Superest, de lege duo consideremus. Unum an ratione videatur lex producenda longius, quam diximus; alterum contra, an in his ipsis, quæ diximus, sit perpetua.

XII. Quorum de priore dubitatur propter legatarios, & fideicommissarios, a quibus quid relinquitur. Nam lex solum cavet de heredibus, quos illa iubet hereditatis restituendæ partem quartam capere. Nulline ergo alii, quam heredes legis Falcidiæ beneficio uti possunt: puta legatarii, aut fideicommissarii, si & ab ipsis ita legatum, vel fideicommissum relictum sit, ut vel totum quod acceperunt, vel supra dodrantem iubeantur restituere? Et ne moveamur heredum exemplo, ita traditur in *L. lex Falcidia. 47. §. 1. ad leg. Falc.* nunquam legatarium, vel fideicommissarium, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituatur ei hereditas, uti legis Falcidiæ beneficio. Et recte: ut enim declaratur *tit. Instit. de lege Falcidia, in princ.* in attribuenda scriptis heredibus quarta parte hereditatis, legis consilium fuit testatoribus consulere, dum huc spectat, ut heredes scripti eo quasi præmio inducti hereditatem adirent, adeundo testamentum confirmarent, quod illis non adeuntibus irritum futurum esset. *L. 1. D. de iniust. rup.* A legatariis, aut fideicommissariis nullum nec commodum tale præstari potest, si relictum agnoscant; nec, si repudient, [5] ullum tale incommodum timeri. Valet enim testamentum adira hereditate, sive legatarii legatum agnoscant, sive nolint ad se pertinere. Sic fit, ut caussa beneficii in his cessante, nec beneficium ad eos pertineat. *L. quod dictum. D. de pact. L. 2. §. sed utrum. D. de mi.* Qua ratione Paulus respondit, si filiusfamilias, qui militaverat, decedens patris sui fideicommisisset codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret, patrem quartam deducere [6] non posse: quia non videretur in proposito hereditas esse, sed solum peculium, quod iure suo pater obtineret: porro nemo alius quam heres legis beneficio utetur. Hoc ille in *L. filiusfamilias. 18. ad leg. Falc.*

XIII. Sed quod relictum a legatario per legem Falcidiam non minuitur recta, interdum per consequentiam minuitur. Nam si Titio viginti relicta sint, & is rogatus sit restituere Seio quinque: placer, si viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta sit, tantum Seio pro portione ex quinque detrahendum, quantum Titio ex viginti detractum esset. Hoc in *L. pœnales. 32. §. ult. eod.* idem traditur in *L. facta. 63. §. si Titius. D. ad Treb.* Neque hoc ideo fit, quod Titius legatarius Falcidiam inducat, sed quod cum legatarius cogetur præstare quinque de eo, quod ipsi legatum est, non est æquum eum illa quinque de suo præstare, ut ipse de suo damnum sentiat. Ratio reddita in *d. L. facta. 63. si Titius.* Sed hæc sententia in fundo legato locum non habet, [7] si reditus fundi largiatur eam quantitatem, quam legatarius præstare iussus est. *L. maritum. 25. §. 1. ad leg. Falcid.*

XIV. Alterum autem illud, quod quærimus, an quod de quarta de legatis, quæ dodrantem excedunt, detrahenda lex constituit, sit perpetuum: tale est, ut vere responsuri simus, multis modis non esse perpetuum. Quæ res sequentem hanc quæstionem induxit, ut quæratur, quibus modis, quibusve in caussis id accidat. Et omnino huius beneficii denegatio ita est, ut hoc quidam in totum iam ab initio non habeant; quidam, cum habuerint, amittant: utrunque certis, & propriis de caussis.

XV. Ut quis beneficio retinendæ quartæ

5) Vid. Duar. *h. t. C. 6.* Chifiet. *de Port. Legit. C. ult.* Matthæac. *Lib. 4. Epit. Legat. C. 6. n. 6.*

6) Dissen. Duar. *h. t. C. 5.* putans in *d. L.* 18. usque ad vers. *sed me non dubitare*, referri rationes dubitandi; contrarium autem in eo vers. decidi. Sed recte A. Fab. 1. *Inrisp. 11. Pr. 9. Ill. 5.* in eo vers. confirmari priorem sententiam: Falcidiæ locum non esse exinde, quod personæ conditio faciat, ne ulla filiifamilias hereditas esse possit; proindeque pater, non quasi patrisfamilias, qui solus habet heredem, sed ut filiusfamilias bona restituat.

7) Duar. *h. t. C. 2.* sic distinguit: Si pars ipsius legati a legatario relicta alteri, legato minuto per Falcidiam minuetur & fideicommissum *d. L. 32. §. pen.* ubi minutis 20. Titio legatis, simul etiam 5. ceu pars istorum 20. Sin aliud fideicommissum legatario, id non minuitur *d. L. 25. §. 1.* Probatur distinctio per *L. 97. de leg. 1.* Vid. & Govean. *ad d. L. 32. §. pen.* & Cuiac. *6. ad Afric. ad L. 28. ad SC. Trebell.*

tæ in totum, & ab initio careat, [8] trium harum caussarum accidit ex aliqua: aut ex privilegio testantis; aut ex genere, & favore relicti; aut ex aperta cuiusvis testatoris voluntate.

XVI. Ex privilegio testantis, si fuit miles. In militis testamento cessat lex Falcidia: *L. in testamento. C. ad leg. Falc. L. in testamento. C. de test. mil.* ipsa alioqui ad omnium testamenta qui milites non sunt, etiam veteranorum si nihil aliud impediat, pertinens. *L. 1. §. lex Falcidia. L. si post. 17. L. ad veterani. 40. D. ad leg. Falc.*

XVII. Ex genere, & favore legati iam olim ipsa lege Falcidia excepta erat dos mulieri prælegata, & quæ res eius caussa emptæ, paratæve essent, ut initio dixi. *L. sed ususfructus. 81. §. 1. ad leg. Falc.* Exceptum postea, etsi quid ad pias caussas quascumque legatum sit. Effectum constitutione Iustiniani Novella, *de eccles. titul.* 131. *§. si autem heres.* unde *auth. similiter. C. ad leg. Falcid.* Atque in hoc numero eidem Iustiniano hæc habentur, quæ Deo, quæ ecclesiæ, quæ in redemptionem captivorum, in alimoniam pauperum, & miserabilium personarum, quæ ad ædificationem, aut refectionem religiosorum locorum relicta sunt. *ead. Novel. §. si quis in nomine & duobus §§. sequentibus.* [9] Hæc aliter iure vetere, quo placebat etiam ad ea legata, quæ Deo relinquuntur, quæque ad alimenta puerorum, legem Falcidiam pertinere. *L. 1. §. ad municipum. L. Divi. 89. D. ad leg. Falc.*

XVIII. Ex voluntate testatoris cuiuslibet [10] cessat hodie lex Falcidia, utcumque illi visum est vetare, ne heres quartam retineat. Inductum alia constitutione eiusdem Iustiniani, *Novella 1. de her. & Falc. §. hinc nobis. in fin.* unde *auth. sed cum testator. C. ad leg. Falc.* Ius illa constitutione plane inductum, cum ita olim ius esset, ut quarta, quæ per legem Falcidiam retinetur, a testatore nec auferri posset, nec minui. *L. quod bonis, 15. §. ultim. ad leg. Falc.* Usque adeo, ut placeret nec stipulationem de non retinenda quarta, quæ nondum delata esset, cum quovis interpositam, [11] nec pœnam adiectam, si contra factum esset, tanquam iuri publico repugnantem valere. *d. L. quod bonis. 15. §. 1. ad leg. Falc.* Superioris interdictionis speciem esse idem Iustinianus iudicavit, cum testator nominatim rem aliquam ita legat, ut ne alienetur, sed permaneat apud successorem eius, cui relicta est. Et recte: alienatur enim res pro parte, si quarta apud heredem remanet. Ideo & ipse in hac re sibi consentiens iussit cessare Falcidiam. *Novell. ut spons. larg. 119. §. si quando.* unde *auth. sed in ea re. C. ad leg. Falc.*

XIX. His exceptis, ita ius est, ut nulla res ab initio quartæ detrahendæ ius inhibeat, sed pertineat lex Falcidia ad omnia tum legata, tum donationes, quæ legatis comparantur, ut donationes caussa mortis, & quæ inter virum, & uxorem factæ sunt. *L. si mortis. L. in donationibus. C. ad leg. Falc.* Sed nec quidquam interfit, quæ res legatæ sint, propriæ, an alienæ; corporales, an iura; certæ, an incertæ; pretiosæ, an viles. *L. 1. §. non solum L. lineam,*

8) Duaren. *h. t. C. 8. f.* 573. Cessat, inquit, Falcidia vel ob personam testatoris, vel ob rem legatam, vel ob personam legatarii, vel ob voluntatem testatoris, vel ob culpam heredis. Ita & Ang. Matthæus. 4. *Epit. Legat.* 6. *n.* 16. Caussas has versibus comprehensas habet P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 13.

9) Ita Govean. *ad d. L.* 1. §. 5. Cuiac. *in Nov.* 1. *pag. m.* 20. *& seqq.* ubi tamen 3. casus iure antiquo excipit. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 11. Duar. autem *h. t. C.* 8. *f.* 574. id primo emendatum esse sentit per *L. si quis ad declinandum* 49. *§. 2. C. de Ep. & cler.* quæ una ex correctoriis. Vasq. *Lib. 3. de Succ. progressu* §. 26. *n.* 24. nec immediate, nec mediate ex his relictis Falcid. detrahi. Ex. gr. Si Titio legata 100. & is rogatus Ecclesiæ restituere. Non minuetur legatum Titii. Vid. Tiraq. *Privil. pia caussa* 16. Dissentit Guil. Forner. 2. *Select.* 25. volens, nec hodie excipi hæc legata. Et *d. Nov.* 131. C. 12. ita demum ea a lege Falcidia excludere, si dolum in iis præstandis adhibeat heres, affirmans, patrimonii vires non sufficere, ubi omni L. Falcidiæ beneficio privatur, etiam in cæteris legatis. At Cuiac. *in d. Novell.* 131. a se ipso dissentiens, & Goth. ibid. *in not. d. C.* 12. accipit de moroso herede, & Fopp. ab Æxema *c. Differ.* 8. Aliter differunt Balduin. *de lege Falc. pag.* 37. Cuiac. *in not. l. h. t. & 4. Sent. Pauli.* 3. §. 3. qui volunt & iure veteri fuisse excepta, & in *d.* §. 5. pro *vel*, reponunt *non*. Quod refellunt Forner. *d. loc.* & Rob. *1. Rec. Lect.* 15. Nec obstat *L.* 5. *§. de don. int. vir.* Namquod ihi donatio coniugalis sustinetur, non fit favore religionis, sed quia, cum uxoris res inde non augeatur, mutuo amore coniuges non spoliat. Vid. not. Goth. *ad auth. Similiter C. h. t.* Inconveniens vero videtur ratio Goveani in *d.* §. 5. ideo iure veteri de Deo relictis Falcidiam non deduci, quia dii rebus, quas ipsi mortalibus ad usum vitæ tribuunt, non indigeant. Sic enim relictum in totum non consisteret. Et D o relictum censetur ad usus divinos. Sic Manuel Comnenus *in Novell. quadam sua* (quam cum aliis 9. Imperator. Oriental. nuper edidit Carolus Labbæus) *C.* 7. testatur, solens fuisse suo tempore Christum heredem scribi, cum facultates suas in pauperes distribui vellent testatores. De relictis diis gentilium, vid. Rad. Forner. 2. *Rer. quotid.* 8. Exemplum in perantiquo testamento militari Iocundi, cuius formulam refert Balduin. *in pr. l. de test. mil. n.* 4. in quo filiis relicta, ni conditioni adiectæ paruerint, pro reparando templo Dei Sylvani attribuuntur.

10) Nam & ratio quæ olim inhibuit prohibitionem, hodie cessat. Vid. Matthæus. *Lib. 4. Epit. Legat. C. 6. n.* 11. *& seq.* Duaren. *h. t. C.* 8. *cir. fin.* Expressa autem prohibitio requiritur; nec simpliciter legando ultra dodrantem creditur, hac mente fuisse, sed potius de facultatibus suis amplius sperans, putasse legatis exsolutis quadrantem superfuturum heredi. Sarmient. 2. *Select.* 7. *n.* 12.

11) Quia autem hodie testamentum prohiberi potest, idcirco & pacto, ac stipulatione remitti per regulam *L.* 46. *de pact.* Cuiac. *in d. L.* 6. quod & noster velle videtur. Contra Hot *in d. L.* 46. quia testator prohibendo, statuit de re sua. Heres autem futurus, & incertus ante mortem testatoris statueret de re pacti tempore aliena.

lineam. 26. §. 1. *ad leg. Falc.* Ne persona quidem legatarii, quæcumque sit, ad inhibendam quartæ deductionem quidquam facit, sive privato alicui legatum proponas, sive municipibus, sive etiam principi. Omnes ut res legatæ, sic personæ, quibus legatur, si supra dodrantem legatum sit, Falcidiam patiuntur. *d. L.* 1. §. *ad municipum*. *eod. L.* 4. *C. eod.* Patrem adeo ipsum in legatis, quæ filius ei dedit alio herede instituto, hoc iure uti debere placuit. *L. pater*. 28. *ad leg. Falc.*

XX. Et hoc quidem ab initio ad quartam deducendam heredis ex lege Falcidia ius est. Sed potest, qui ab initio haquit postea facto suo amittere. Quod alterum genus est eorum heredum, qui in quarta deducenda, legis beneficio carent. Amittit autem hoc ius, & beneficium heres alias in universum in omnibus rebus testamento relictis, alias in una aliqua re certa legata dumtaxat.

XXI. In universum ex hac caussa, si inventario secundum formam a Iustiniano in hac re præscriptam non facto hereditatem adiit, & cœpit tractare res hereditarias, cautum a Iustiniano. *Novel.* 1. *de her. & Falc.* §. *hinc nobis*. addita insuper ibidem hac pœna, ut hoc casu heres solida legata præstet, quanvis illa excedant vires patrimonii. Hæc eadem in *auth. sed cum testator*. *C. de leg. Falc.*

XXII. In una re aliqua ius quartæ obtinendæ amittit heres ex tribus caussis.

XXIII. Una, si id egit, ut legatum intereidat, puta aut testamentum, vel codicillos, quibus legatum relictum erat, celando, aut rem legatam casu periisse affirmando, cum sciret extare. *L. beneficio*. 59. *D. ad leg. Falcid.*

XXIV. Altera, si ut non capienti fideicommissum restitueret, fidem suam accommodavit. Sed ex hac caussa placuit, quartam, quam heres non retinuit, ad fiscum pertinere. *d. L. beneficio.*

XXV. Tertia, si quarta non retenta rem legatam restituit, sive sciens se quartam retinere posse id fecit; sive ignorans quidem, sed in iure errans, dum scit, supra dodrantem legatum esse: sed per imperitiam iuris non putat, se de legato quidquam posse deducere, quin ut solidum præstare iussus est, ita solidum ex voluntate testatoris exsolvere debeat. Quibus casibus ideo quartam amittit heres, quia ex his caussis soluti legati cessat repetitio. [12] Quod si in facto errans solidum solvit, qui quartam retinere poterat, puta dum ignorat quantum legatum sit, aut plus in patrimonio esse existimat, quam sit: error facti non impedict quartæ repetitionem. Hæc in *L. error. C. ad legem Falcid.* de quo plura diximus Lib. I. in quæstione de iuris, & facti ignorantia.

XXVI. Sane si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, in his quidem quas sciens, aut in iure errans solvit, nihil repetere poterit: sed ex reliquis plenam Falcidiam poterit per doli exceptionem retinere, etiam pro his, quæ iam data sunt. Sed etsi una res sit legata, eius pars soluta sit, ex reliquo potest plena Falcidia retineri. Hoc Scævola in *L. si ex pluribus*. 16. *ad legem Falcid.* Nihil quidem adiecit Scævola de errore, quo quædam ab herede soluta sunt. Sed de errante ipsum sensisse, & eo, qui in iure erret, hinc potest facile intelligi, quod si legata per errorem facti soluta intelligeret, debuerat dici ipsammet partem quartam, quæ soluta est, ultro repeti posse, neque fuisset necesse ad retentionem aliarum rerum confugere, ubi res ipsa, de qua agitur, recta, & sine ulla circuitione obtineri posset.

CAP.

12) Q. An supra dodrantem legata naturaliter debeantur. Duar. *h. t. C.* 4. deberi simpliciter, & generaliter, quia æquum est defuncto obsequi. Non deberi quoad hypothesin, ita, ut Falcidia non detrahatur, Hic enim ratio honestatis. Unde datur solutorum condictio *d. L.* 9. Diss. Matthææ. 4. *Epit. Legat.* 6. *n.* 2. *& seq.* Non deberi pulchre Ludov. Vital. 2. *Var. Lect.* 22. *n.* 9. qui videndus.

CAP. XXVIII.

Quibus legatum, fideicommissum relictum intelligatur, ut ab his peti possit: vel quibus legati, fideivecommissi persecutio detur.

Personæ, quibus legatum præstandum vel principales sunt, vel eorum successores. I.
- *Principales illi ipsi, quibus testator vel aperte legatum dedit, vel quorum interest datum esse, quibus prospectum tacite voluit.* II.
- *Si simpliciter voluit ne alienaretur, nudum præceptum, & nullum. Si addidit, quorum causa cavisset, utile illis fideicommissum datum: veluti ut in familia maneret. Huius præcepti quanam vis; & quibusnam ex familia, & quatenus fideicommissum præstandum.* III.
- *Qui nam in hac re voluntati testatoris paruisse videantur, qui non paruisse.* V. VI.
- *Familiæ appellatione qui contineantur.* IV.

Quis nam fideicommissi petitionem habeat cum testator simpliciter dari iussit illi, aut illi. VII.

Quibus legati petitio acquiri potuit, etiam, his mortuis, dari eorum heredibus; & quatenus. Legatorum in pure, vel in diem certam relictorum quando dies cedat. IX.
- *Quando conditionalium.* X.

Principi legatum, eo ante diem cedentem defuncto, successori debetur. XI.
- *Quid si legatum Augustæ.* XII.

I. Constituto fideicommisso, quod versetur in obligatione ad præstationem, ut sciatur quale, quantumve sit: quæramus deinceps de circumstantiis præstationis, Cui, A quo, Quando, & ubi sit præstandum. Ac primum dicam de personis, inter quas consistit hæc præstatio, ordiens ab eo, cui legatum, aut fideicommissum datum est. In quo & de principalibus personis legatariorum, & de eorum successoribus suæ sunt dubitationes; quibus exemptis, certum fiet, cui legatum sit præstandum.

II. Ac de principalibus personis hoc constet, ei fideicommissum esse præstandum, cui testator datum voluit. Illud dubium interdum, cui datum voluerit. Et, quod non cuivis statim occurrat, sciamus in hoc numero esse, non eos tantum, quibus aperte datum voluit, & quos verbis vocavit ad legatum; sed etiam omnes, quorum interest id datum esse, & quibus testator prospectum voluit, etiam si de his nihil nominatim caverit: & quidem his solis, si horum solum interest. Utputa, iussit testator quosdam ex heredibus æs alienum solvere creditoribus: non creditores habebunt adversus eos actionem, cum his nihil detur; sed coheredes: quorum interest hoc fieri. Item, iussit genero dotem dari. Non gener, sed filia habebit actionem, cuius maxime interest. *L. servo.* 69. *§. si testator. D. de leg.* 1. *L. fideicommissa.* 11. *§. interdum. D. de leg.* 3. Plura exempla suppeditabit *L. si cui legetur.* 49. *§. si Titio. & seqq. D. de leg.* 1. Inde receptum hoc fideicommissi genus, ut eum testator vetuit, rem aliquam ab herede alienari, & addidit, ut in familia maneret, tum si quid contra factum sit, detur fideicommissi persecutio familiæ, cui his verbis testator consultum voluit. De quo genere cum per occasionem multa exstent quæsita, & responsa veterum; quia hic cognoscendi locus incidit, paucis eorum sententiam exponam.

III. Ac primum de [1] prohibitione huiusmodi alienationis ita ius constitutum est, si testator simpliciter vetuit, ne res alienaretur, nec quorum caussa id faceret, dixit, nullum id præceptum habendum, quasi nudum. *L. filiusfamilias.* 114. *§. Divi.* 2. *D. de leg.* 1. *L. pater.* 38. *§. Iulius L. Lucius.* 93. *D. de leg.* 3. Quod si addidit, quorum caussa id faceret, utile præceptum esse, & fideicommissum ea pro-

1) De fideicommisso ex prohibita alienatione mire variant interpretes. Res perplexa est, multis contentionibus agitata. Plene singula excutere res maioris operæ, nec præsentis propositi. vid. Cuiac. 15. *Obs.* 1. 2. 5. & 6. & *ad Novell.* 159. Govean. 2. *Variar. Lect.* 19. A. Fab. late 14. *Coniect.* 6. & 10. *seqq.* & *de Error. Pragmat. Dec.* 53. & 54. Ocdav. Cacheran. *Decis.* 50. Simon de Præt. *Lib.* 3. *Interpr. ultim. vol. Interpr.* 3. *Dubit.* 1. *sol.* 9. 10. & 11. Matthææ. *Lib.* 1. *Epis. Legat.* C. 24. & *seqq.* M. Anton. Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 14. fusissime Petr. Anton. de Petra *Tr. de Fideicomm. ex prohibita alienatione resultantibus*, qui in præfat. *n.* 3. & *seq.* scribit, sem versari in magno pelago, propter casuum diversitatem, & inconstantem interpretum variationem.

prohibitione contineri, nt quorum caussa id cavisset, his fideicommissum datum intelligeretur. Huins generis esse, si ita cavit, Volo eum fundum, in familia manere; vel veto alienari, ut in familia maneat. *d. L. filiusfamilias*, 114. §. *Divi. de leg.* 1. Hinc quæsitum de vi huins præcepti. Et vim hanc esse placuit: ut si heres rem contulit in eos, qui sunt ex familia, voluntati testatoris satisfactum sit. Si non contulit, fideicommissi persecutio detur omnibus, qui sunt ex familia, quo rem alienatam a possessore petant, quasi rogatus sit heres familiæ dare. *L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2. Sic tamen omnibus, qui sunt ex familia, nt excipiantur, si qni sint ex ea familia, qui partes suas in ea re alienarint. Absurdum enim visum est, eos in re alienata quidquam ex volnntate testatoris petere, qui ipsi voluntati non paruerunt. *L. cum pater.* 77. §. *libertis. D. de leg.* 2. Sed & omnes, qui sunt ex eadem familia, quorum nemo partem suam alienavit, eos accipere debemus qui sunt eodem [2] gradu. Quod si non omnes sint eiusdem gradus, res, inquit Papinianus, ita temperanda est, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus: ea lege, ut non ideo sequentium caussa propter superinres in posterum lædi debeat, si forte superiores & ipsi postea rem extra familiam alienarunt. *d. L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2.

IV. Familiæ appellatione qui contineantur in hoc fideicommisso, Iustinianus definivit in *L. ult. C. de vir. sig.* ad hanc sententiam, ut velit contineri parentes, & liberos, omnesque propinquos defuncti; his deficientibus, generum, & nurum: post etiam libertos.

V. Et quoniam huius fideicommissi persecutionem damus sub conditione, si qui sint ex familia, qui rem ad alios transferendo voluntati testatoris non paruerunt, & damus his solis ex familia, qui ei voluntati paruerunt: videamus iam hoc quoque, qui voluntati testatoris in hac re non paruerint, ut persecntioni fideicommissi locum faciant; tum qui paruerint, ut ad hanc persecutionem admittantur. Et ita definiemus, eum videri in hac specie satisfecisse voluntati testatoris, qui aut rem non alienavit, aut ita alienavit, ut vel vivus transferret in unum ex familia, vel moriens uni ex familia relinqueret, aut instituendo eum heredem, aut ei rem legando. Nam vel unum ex familia eligere satis est, ut dici possit res in familia mansisse: id quod testator, voluit: Idque ita est, sive qui electus est, sit eodem sive dispari gradu. *L. unum.* 67. *in pr.* & §. 1. *D. de leg.* 2. Contra eum dicemus voluntati non paruisse videri, atque ita implesse fideicommissi conditionem, qui [3] aut fundum alienari prohibitum in extremum transtulit vivus, ant moriens extraneum heredem reliquit, ad quem is fundus perveniret. Sic enim fit, nt fundus de familia exierit, *d. L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2. Idem est, si [4] instituit quidem aliquem ex familia, sed fundum extero legavit. *d. L. unum.* 67. §. *sed si uno. eod.* Qui si legaverit solum partem, etiam hi qui sunt ex familia, ad eius partis petitionem admittentur. *eadem L. unum.* §. *si duos.* Quod si heres uni ex familia fundum legaverit, & eius fidei commiserit, ut eum extero restituat, fideicommissum non valebit, nisi tantum huic legatario aliunde reliquerit, quod fundi pretium efficeret. *eadem L. unum.* §. *sed etsi fundum.* Si reliquit, potest & eum obligare ad fundum præstandum. Si non reliquit, ideo eum non obligat, quia hic fundus non accipitur ab herede, sed a testatore, qui alicui ex familia relinqui voluit. Cui autem nihil dedimus, non est, ut eum rogando obligemus. *L. 6. in fin. D. de leg.* 3. *L. ab eo. C. de fid.* Confirmaturque idem in hac specie in *d. L. unum in princ. de leg.* 2. His prope verbis: cui ex familia fundus relinqui debuit, si eum eligat heres, frustra ei testamento suo legat id, quod qui electus est, ex alio testamento petere potest, quasi creditori relictum. Et paulo post in §. 1. quid est enim, quod de suo videatur reliqnisse, qui quod relinquit, omnimodo reddere debuit?

2) An fideicommissum familiæ relictum excedat quartum gradum, vid. Matthæac. 2. *Epit. Legat.* 8. P. Anton. de Petra *d. Tr. Q.* 8. *n.* 40. & *seq.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 5. Cuiac. 4. *Obs.* 38. & *ad Nov.* 159.

3) Cuiac. 15. *Obs.* 5. Fideicommissi petitio est, ait, non tantum si moriatur, fundo extraneo relicto, sed etiam statim atque vivus alienaverit *d. L.* 69. §. 3. Nec prodest si rem redemerit alienans, quia semel exstitit conditio fideicommissi, *L.* 21. *de Fideicomm. lib.*

4) Ubi & ipse heres ad partem admittitur ratione doli exceptionis. *d.* §. 3. Cuiac. 15. *Obs.* 1. illam doli exceptionem non exprimi, & opponi necesse esse, sed intelligi eam, quæ inest ex caussa compensationis etiam strictis iudiciis, eum ex alia caussa tantum insit bonæ fidei iudicio. Male. Non enim in hac specie vera est compensatio, quæ obiicitur a debitore creditori, tantundem ex alia caussa debenti. Hic autem debet fideicommissum ipse heres sibi, & ex eadem caussa; proinde aditione confusa est obligatio, qood & Cuiacius fatetur, non animadvertens, se quasi pugnantia sic dicere. Quia autem æqoom est, eum partem suam non amittere, nec lucrum aliquod accrescere aliis eiosdem familiæ: inde quod suæ familiæ aliquis heres, quod non obtingeret, si esset extraneus, ea res inducit *tacitam* pensationem, & ad similitudinem illius, quia partem ipso iure salvam habere nequit, habet doli exceptionem.

buit? Sed quo casu fideicommissum valet, legatario, qui ex familia erat, ita rogato, ut supra diximus, cæteri, qui sunt ex familia petere possunt ex primo testamento fideicommissum. Verum alias statim, alias non nisi post mortem huius legatarii. Statim; si heres rogatus est relinquere fundum, cui vellet ex familia. Uni enim relinquendo, & fidei eius committendo, ut eum extero restituat, facit contra voluntatem testatoris, oblique fundum extra familiam alienando. Post mortem autem legatarii, qui electus est, si ab herede ita petitum sit, ne fundus de familia exeat; quia etiam si legatarius statim fundum restituat, tamen quamdiu vivit eo fundo frui videtur, cuius pretium sibi legatum habet. Is enim videtur rem habere, qui pretio fruitur, *L. quia*. 39. *D. de usufructu*. Hæc est, ut puto, sententia *d. L. unum. §. sed etsi fundum. de leg*. 2. quo responso nescio, an ullum facile reperiatur scriptum obscurius, a cuius verbis quam aliena omnia scribant interpretes, ipsorum scripta declarant.

VI. Ex hac alienatione, quæ fit extra familiam, cum dicimus, reliquis, qui sunt in familia, fideicommissi petitionem dari, alienationem intelligere debemus non voluntariam tantum, sed etiam necessariam; ut si unius ex familia, qui solvendo non erat, bona 5 distracta sunt, in quibus fuerit fundus vetitus alienari. Hoc tamen inter utrumque interest, quod ex voluntaria alienatione, statim petitio acquiritur cæteris, qui sunt ex familia; ex necessaria illa, qua bona heredis distracta ponimus, non acquiritur prius, quam heres decesserit. *L. peto*. 69. *§. prædium. de leg*. 2. Hoc ideo, quia quamdiu heres vivit, pretio rerum distractarum fruitur, sive id habet, sive in rem, & liberationem eius creditoribus solutum est. Iam autem dixi, eum rem habere videri, qui pretio fruitur. *d. L. quia*. 39. *de usufruct*.

VII. Sunt ergo hi, quibus fideicommissum datum esse dicimus; idque inde intelligi, quod his testator prospectum esse voluit, etsi heres nominatim his dare iussus non est. Sed quibus prospectum, & datum esse testator voluerit, prius constare debet, quod unde intelligatur in superioribus caussis, diximus. At interdum ipsa oratio testatoris rem hic dubiam facit, ut nescias, cui ille datum voluerit. Id accidit cum legat aliquid pluribus non coniunctim, sed disiunctim: puta illis, aut illis vel simpliciter, vel hoc addito, ut diceret, cui, aut quibus heres volet: ut Titio aut Seio, 6 utri heres volet: restituat libertis meis, quibus volet. Quid enim, si heres non eligat, cui det? Utrum uni ex duobus petitionem dabimus, an utrique, an neutri? Uni tantum dare non possumus, quia si hunc ex electione heredis æstimamus, is nullus est, cum heres neutrum eligat. Si non æstimamus, is magis incertus est. Et vero cur uni potius demus, quam alteri; cum testator pariter ubique dederit sub disiunctione, ut extra heredis electionem neutrum alteri prætulerit? Rursum utrique dari voluntas testatoris pati non videtur. Aperte enim uni tantum dari voluit, illi scilicet, aut illi, utri heres vellet. Ita restare videtur, ut, quia incertum est, cui detur, neutri dari debeat. Ut accidit, cum Titius tutor datus est, duo sunt autem Titii, nec apparet, de quo testator senserit. In qua specie respondit Paulus, eum datum esse, de quo testator senserit. Si id non apparet, non ius deficere, sed probationem. Igitur neutrum tutorem fore. *L. duo. D. de test. tut*. Sed hæc dissimilia sunt. Nam qui Titium tutorem dedit, is unum dedit, non duos. Proinde duo dari non pos-

5) Quid inter hæc fideicommissum *Uni ex familia cui volet relinquat*, &: *Peto, ne fundus de familia exeat*, intersit Cuiac. 15. *Obs*. 2. qui sic: Communia hæc. (1) Heredis electio, eaque ad mortem usque variabilis. (2) Ei, quem elegit, frustra eum fundum legat, eiusve fidei committit, nisi ampliora legata pretio fundi ei reliquerit. (3) Possunt & plures eligi. (4) Nemine electo, omnibus eius familiæ est petitio. Differentiæ hæ: Priori casu quicunque electus sit, (sive voluntate, in qua heres eligens perseveravit, sive legato, quod hic non censetur proprio legati iure *d. L*. 67. *§. 1. in f*. sive institutione, & fundo, alii non relicto) alienare, dare, relinquere extraneo potest. Immo gravatus potest ab electo fundum per fideicommissum extero relinquere, si ei aliud reliquit, quod fundi pretium efficiat *d. L*. 67. *§*. 5. Neque ob huiusmodi fideicommissum heredis onerabitur. Posteriore casu electus non debet io extraneum transferre. Immo de ea re cavere debet heredi heredis. Alias heredis heres, si prælliterit fundum electo, qui non cavit ei de indemnitate, si is in extraneum contulerit, onerabitur: Et post mortem electi, cui fundum præstitit, cæteris eius familiæ tenebitur ex caussa fideicommissi, primo testamento relicti. ac ita duplici præstatione onerabitur. Sed si prior heres fundum ab electo per fideicommissum extraneo reliquerit, (quando scilicet potest, amplioribus datis legatis) heredis heres onerabitur omnino, si electus, cui, ut debuit, præstitit, extraneo ex fideicommissi caussa restituerit. Cautionem enim exigere non potuit contra voluntatem sui testatoris, qui idem & prior heres. Et hæc sententia *d. L*. 67. *§*. 5. *& seq*. Ad hunc modum Cuiacius. Convenit fere Govean. 2. *Var. Lect*. 19. vid. & A. Fab 14. *Coniect*. 10.

6) Cuiac. 15. *Obs*. 5. sic distinguit. Aut alienatio necessaria facta propter creditores testatoris, & fideicommissum exstinguitur, quia de huiusmodi alienationis caussa non videtur sensisse testator *L*. 114. *§*. 14. *de leg. 1. L*. 78. *§. ult. de leg. 2. L. 9. de Fideicomm. libert*. Aut propter creditores heredis, & fideicommissi petitio est post mortem, ac tandiu manet fundus apud emptorem, quandiu maneret non alienatus apud heredem *d. L*. 69. *§*. 1. An bona Fideicommisso subiecta ex caussa dotis alienari possint, vid. A. Fab. 20. *de Err. Pragm*. 2. Ant. de Padilla *ad auth. res quæ C. com. de leg. n*. 42. *& seqq*. Denique quando prohibitus contra prohibitionem venisse videatur late P. Anton. de Petra *de Fideicomm*. Q. 8.

ſunt contra teſtatoris voluntatem. Unus dari poſſet, & deberet, ſi eſſet certum, de quo teſtator ſenſerit. Nunc, cum ſit incertum, ideo neuter dabitur, ne forte is detur, quem teſtator noluit: At cum teſtator legavit Titio, aut Seio, utrique datum voluit ſub conditione, ſi alteri non daretur. Hæc conditio tunc exſiſtit, cum heres, cum poſſet dare, neutri dedit. Sequitur igitur, ut conditione hoc modo in utriuſque perſona exſiſtente, uterque ad legati petitionem admittatur. Quod & placet. *L. ſi quis Titio.* 17. *D. de leg.* 2.

VIII. Quod ſi in hac ſpecie recipimus, cum teſtator ſimpliciter dari iuſſit illi, aut illi, ut modo fecimus: conſentaneum fuit, ut reciperetur & in illa, cum teſtator iuſſit, heredem, illi, aut illi dari, & addidit, utri vellet; aut dare filiis, vel libertis, quibus vellet. Quod & probatum eſt ad hanc ſententiam, ut heres, cui vellet dando liberetur. Si neutri det, uterque perinde petere poſſit, atque ſi ipſi ſoli legatum foret, quasi duobus pluribuſve credendi reis hoc modo teſtamento conſtitutis. *L. ſi Titio.* 16. *L. cum quidam.* 24. *L. unum.* 67. *§. rogo. D. de leg.* 2. Hoc ideo, quia etsi hæc adiectio, cui heres volet, habet hanc conditionem incluſam, si volet, ut non videatur deberi cuiquam legatum, nisi heres ei datum voluerit: tamen ideo hic non metuitur iſta conditio, quia pro non adiecta habetur. Ut enim non adiiceretur, ineſt tamen. Ac quæ ita tacite inſunt conditiones, adiectæ non reddunt inſtitutiones, aut legata conditionalia. *L. Cornelius.* 69. *D. de her. inſtit. L. conditiones.* 99. *D. de cond. & dem.* Idque eſt quod in *d. L. cum quidam.* 24. *de leg.* 2. dicitur. Si heres in propoſito neminem eligat, cui det, præſenti die datum videri, ut exinde omnes ad legati petitionem iure admittantur. Et notandum, ita fideicommiſſum his relinqui, ut, nisi heres, cui velit, offerat, & ſtatim offerat, cum poteſt, sine aliquo intervallo, ſtatim omnibus competat petitio. *d. L. cum quidam.* Quasi hæc conditio, *ſi offerat*, sic accipienda sit, si cum primum poteſt, offerat: ut & illa, si in Capitolium aſcenderit, sic dicitur recipienda, si cum primum poterit, Capitolium aſcenderit. *L. hæc conditio.* 29. *D. de cond. & dem.* Hæc ita, nisi iuſſus ſit heres, cum morietur, reſtituere ex libertis, cui volet. Hic enim verba oſtendunt, electionem heredis in mortis eius tempus differri; ut proinde petere omnes non poſſint, nisi defuncto herede prius, quam eligat. *L. unum.* 67. *§. rogo. de leg.* 2.

IX. Atque hæc de principalibus perſonis dicta ſunt, in quas ab initio legati petitio confertur. Sciendum eſt autem, quibus hæc petitio acquiri potuit, etiam, his mortuis, dari eorum heredibus, si in ea cauſſa fuerit legatum, ut iure tranſmitti poſſet ad heredem. Quod tunc fit, cum legatarius deceſſit poſt diem legati cedentem. Qui si ante deceſſerit, legatum extinguitur. *L.* 5. *D. quand. di. leg. ced.* Inde quæsitum hoc loco, quando dies legati [7] cedat. De quo ſumma hæc iuris conſtitutio eſt legatorum, & fideicommiſſorum pure, vel in diem certam relictorum diem ſtatim a morte teſtatoris cedere. *d. L.* 5. *quan. di. leg. ced. L. unica. §.* 1. *cum igitur. C. de cad. tol.* præter quam si quid legatarii perſonæ cohæreat, ut uſusfructus, uſus, habitatio. Quarum rerum dies non cedit ante aditam hereditatem. *L. habitatio.* 9. *L.* 2. *D. quan. di. leg. ced.* Denique nunquam iſtarum rerum dies ita cedit, ut ad heredem quandoque tranſeat, cum mortuo eo, cui relicta ſunt, una cum perſona extinguantur. *L.* 3. *§. ult. D. quem. uſusfr. amit.* Ut proinde ad hanc tranſmiſsionem fruſtra quis quæsierit, quando eorum dies cedat. *L.* 2. *quan. di. leg. ced.*

X. Quæ vero ſub conditione, aut in diem incertam (quæ in teſtamento conditionem facit. *L. dies.* 75. *D. de cond. & dem.*) relicta ſunt, eorum dies non prius cedit, quam conditio extiterit, aut dies venerit. *d. L.* 5. *quand. di. leg. ced.* Quod variis exemplis declaratur ſub eo titulo, quando dies legati cedat. Hinc illæ quæſtiones, ubi ſit conditio; An omnia legata pro conditionalibus habenda, qui-

7) Hotom. 4. *Obſ.* 9. & *ad §. ſi peculium* 20. *ipſi* 17. *I. de Legat. enunc.* 3. Diem dupliciter cedere. (1) Ad tranſmiſſionem, quo pertinet *tit. D. Quan. di leg.* & de ea noſter hic agit. Hic olim cedebat a morte; ex L. Iulia caducaria ab apertis tabulis: iure noviſſimo rurſus a morte *d. L. un. §.* 1. in puris ſcilicet & in diem certum. In conditionalibus non ante conditionis eventum *d. L.* 5. *§.* 1. *L. un. §. ſin. a* 7. *C. de Cad. toll.* (2) Ad obligationem; adita demum hereditate. Prius enim non eſt a quo peti poſſit, vid. *L.* 7. & *L.* 13. *Quan. di. leg.* nec qui debeat. Hereditas iacens æs alienum debet, non legata. Aditione vero quaſi contrahitur. Quod autem Bartolus & ſequaces ad *L. un. C. de Cad. toll.* alias ceſſionem addunt ad tranſlationem dominii, & ad petitionem, non placet Hotomanno quia, inquit, dominium certum eſt non cedere ante aditionem, licet, propter retrotractionis fictionem, ceſſiſſe intelligatur a die mortis *L.* 80. *de leg.* 2. & ſi ſub conditione, vel diem, expectanda eſt. De die vero petitionis inſpectio ſub ſecundo genere continetur. Quod poſtremum vereor ut recte. Nam ſi in diem certum legatum, adita hereditate dies ſtatim cedit quoad obligationem, non quoad petitionem *L.* 213. *de V. S.* De ceſſione, & tranſmiſſione legati vid. Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 30. & de ceſſione Zoan. *de Dupl. Venat. n.* 2.

quibus aut iure, aut verbis testatoris conditio inest; tum Conditio, quæ vere inerit, quando exstitisse videatur. In quibus explicandis, & ad eam transmissionem, quam quærimus accommodandis, totus fere ille titulus versatur. Sed cum sit hæc tractatio propria eius loci, in quo de conditionibus in universum agitur, qui locus paulo post secuturus est, in eum potius, ut suum, omnis hæc tractatio reiicienda est, unde, si videtur, ad hanc partem melius, & certius postea revocari potest. Quid sit diem legati, aut obligationis cedere, quid diem venisse, declaratur in *L. cedere. D. de verb. sig.* & in obligationibus dicetur opportunius postea.

XI. Illud in hoc genere transmissionis diligenter monendi sumus, si quid principi legatum sit, placere, ut, quanvis princeps ante diem legati cedentem decesserit, puta aut vivo testatore, aut pendente legati conditione, successori tamen eius legatum debeatur. *L. quod principi. 56. D. de lega.* 2. In quo prima fronte a superiore iure recessum videri potest, & iure singulari in principe constitutum. Sed & hic superius ius sequimur; nec quidquam in eo cónstituitur, quod in simili re non servetur etiam inter privatos. Constitutio tantum explicatione indiget. Quod principi sub appellatione *principis* relinquitur, id imperio ipsi, cui princeps præest, & cuius veluti personam gerit, relictum [8] intelligitur. Id autem, quanvis principe mortuo, non moritur, sed perseverans principis veluti personam sustinet, donec alius in prioris locum succedat. Non mirum igitur, si quasi eodem principe, vel potius principatu durante, legatum ei debeatur, & per principatum ei successori, qui eumdem locum tenebit. Nihil hic, inquam, proprium principis. Nam & alii quam principi, si quid sub titulo dignitatis, aut certæ administrationis ordinariæ relinquatur, loco ipsi, & dignitati relictum videtur: ut, priore, cui legatum erat, mortuo, legatum successori debeatur, qui eamdem personam gerat. Cuius rei luculentum testimonium habemus in ea specie, de qua respondit Scævola in *L. annua.* 20. §. 1. *D. de ann. leg.* Fideicommissum ita relictum erat, ut heres sacerdoti, & nomophilaci, & libertis, qui in illo templo sunt, denaria decem daret die nundinarum. Respondet Scævola, legatum deberi non iis solum, qui eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis, & in eo officio fuissent, sed etiam iis, qui in locum eorum successerint; idque non ad tempus, sed perpetuo. Quippe ministerium nominatorum designatum; cæterum datum templo.

XII. Hinc quæsitum, an idem probandum sit, si quid legatum sit Augustæ. Movet, quod traditur in *L. princeps. D. de legi.* Augustam quidem legibus solutam non esse; principes tamen eadem illi privilegia tribuere, quæ ipsi habent. Sed placuit, in hac specie non idem in Augusta ius esse, quod in principe. Denique si quid Augustæ legatum sit, & ea prius decedat, quam legati dies cesserit, puta vivo adhuc testatore, deficere, quod ei relictum est. *L. si Augustæ. 57. D. de leg.* 2. Optima sane ratione: sive quod Augustæ legatum non legatur imperio, cuius ipsa administrationem non habet: sive quod ipsa mortua non habet eam, quæ in eius locum succedat, ut ei tanquam Augustæ successori legatum debeatur. Mortua enim Augusta, non continuo eligitur alia in demortuæ locum, cum fieri possit, ut princeps aliam uxorem non ducat. Et si ducit, non tamen sequens in prioris Augustæ locum succedere dicenda est. Quæ tanquam uxor nova iudicio privato principis, non ullo successionis iure adsciscitur. Non obstat, quod principes dicuntur eadem privilegia tribuere Augustæ, quæ ipsi habent. *d. L. princeps. de legi.* Nam primum hic nullum est privilegium principum, si quod ipsis legatur; placet, successori eius tribui, ut ostendi. Et ut esset, tamen id solum recte dicitur privilegium tribui Augustæ, quod viventi ei tribuitur, non mortuæ. Quoniam mortua esse desiit. Adde, quod nec mortuæ tribui potest in eius successore; quoniam eius honoris, & dignitatis, quæ in Augusta fuit, ipsa successorem non habet.

8) Ita & Got. *in not. d. L.* 56. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crimin. C.* 5. *n.* 1. Fopp. ab Æxema 2. *Differt.* 21. id in principe speciale, quia Antonini temporibus legatum fiebat caducum, ante diei cessionem moriente legatario. Quare non magni interfuit, dicit, successori applicetur, an fisco. Quæ ratio in Augusta cessabat. Male. LL. enim ex persona Iustiniani accipiendæ, qui omnia sua fecit. Dicit vir doctus hodie rationem iuris huius quidem cessare, dispositionem non æque. Quod verum non puto.

C A P. XXIX.

A quo legatum vel fideicommiſſum ſit præſtandum: ſeu quis fideicommiſſo obligetur.

Non ſemper certum a quo fideicommiſſum ſit præſtandum. I.
Quidquid teſtamento, aut codicillis relictum, ſi nominatim ab alio non ſit, onus heredis. II.
Si plures heredes, omnium onus; niſi nominatim unum oneravit teſtator, ſciens, & alios eſſe. Quid ſi ignoravit. III.
Iidem pro portionibus hereditariis tenentur; niſi nominatim, vel alia demonſtratione, quæ vice nominis, enumerati, tunc enim tenentur pro portionibus virilibus. IV.
Pro his, qui ſolvendo non ſunt, cæteri non tenentur. V.
Legata ad onus heredum pertinere, ſi hi nec repudiaverint, neque abſtinuerint. Si defecta portio ex iudicio teſtatoris ad alium pervenit, eodem is onere tenetur. Sin aliter, quam iudicio teſtatoris, non tenetur, niſi nominatim ab eo relictum. VI.
Ab inſtituto relicta, a ſubſtituto repetita videntur. VII.
Hoc ita, niſi aut verba, aut voluntas teſtatoris refragetur. VIII.
Verba refragari intelliguntur ſi legata in perſona inſtituti non conſtiterint. IX.
Voluntas vero ex tribus coniecturis. Et quæ ſint. X.
Singulæ quam rationem habeant. XI. XII. XIII.
Male quoſdam putare nominatim relictum ab inſtituto; non deberi a ſubſtituto. XIV.
Quod iuris in ſubſtituto, idem & in coherede. XV.
Item in filiofamilias, ac ſervo heredibus inſtitutis ſi a patre, dominove fideicommiſſum relictum, iiſve hereditas non quæſita. XVI.
Si, irrito teſtamento, ad legitimos redeat hereditas, legata eo relicta intercidunt. Idem ſi inteſtatus ea reliquit a proximo legitimo, &, eo repudiante, remotior fiat heres. XVII.
Niſi & hi rogati ſint nominatim, aut generaliter. XVIII.
Si heredi, a quo quid relictum eſt, hereditas tanquam indigno aufertur, & fiſco vindicatur, adverſus fiſcum legati perſecutio competit. XIX.
Uti & adverſus legitimos, ſi ab iis heredi ſcripto ex cauſa præteritionis, aut exheredationis hereditas evicta. XX.

I. UT non ſemper prima facie certum, cui legati petitio detur, ita ne illud quidem ſemper, a [1] quo fideicommiſſum, quod alioqui recte relictum eſſe conſtet, ſit præſtandum, ſeu quis fideicommiſſo obligetur. Quamobrem & in hac quoque parte præcepta traduntur, quæ teſtatoris voluntatem in hac re, & ius de ea receptum explicent, & confirment. Et ſciamus, de eo hic non dubitari, ſi quid ab aliquo nominatim relictum ſit. Nam ſi relictum eſt ab eo, a quo iure relinqui potuit, is citra controverſiam id præſtabit. Si a quo relinqui non potuit, relictum in eius perſona nullius momenti eſſe conſtat.

II. Quid autem hic liceat, expoſuimus ſupra in ea parte, in qua a quibus legatum, fideive commiſſum relinqui poſſit, quæritur, huius libri Cap. VII. De eo nunc quæritur, quod alicui recte relictum eſſe conſtat, si non exprimatur, quis præſtet, aut exprimatur quidem, ſed is, ſi heres eſt, hereditatem repudiet, ſi legatarius, repudiet legatum; ideone inutile ſit legatum ab his relictum: an vero ſit aliquis, qui iure, & voluntate teſtatoris tacita id præſtare debeat, & quos ius huic rei faciat obnoxios. Et placet, quidquid teſtamento, aut codicillis relictum eſt, si nominatim ab aliquo alio relictum non ſit, heredis onus eſſe. *L. ult. C. de her. act.* Atque hinc eſt, quod definitur legatum, donatio a teſtatore relicta ab herede præſtanda. *§. 1. Inſt. de leg.* Item delibatio hereditatis de eo, quod totum heredis foret

1) De perſonis præſtantibus legata, vel fideicommiſſa vid. & M. Anton. Peregrin. *de Fideicommiſſ. Art.* 12. Chifflet. *Lib. 4. de Iure Fideicommiſſ.* C. 1. Gomez. 1. *Var. Reſolut.* 12. *n.* 17. An uſufructuarius omnium bonorum? Ioan. de Caſtillo *de Uſufr.* C. 59.

foret. *L. legatum*. 116. *de leg*. 1. Neque enim de hereditate quidquam præstatur, nisi ab herede, cuius est hereditas. Id adeo verum est, ut, quamvis rogatus sit quid restituere non heres, sed alius, qui rogari non poterat, sive quod ei relictum nihil esset, sive quod relictum esset inutiliter, non ideo tamen relictum sit inutile; sed tanquam persona nominatim non adscripta, a qua legatum præstetur, ipse heres obligetur fideicommisso. *L. si servus*. 108. *§. qui margarita*. *D. de leg*. 1. Idem placuit, si simpliciter testator quædam legavit, & adiecit, se velle ea præstari de pecunia a Titio debita: ut hic scilicet in legato simpliciter relicto semper heres designatus intelligatur, qui id præstaret, demonstratum autem, unde pecunia sumeretur. *L. Paula*. 27. *§. ult*. *D. de leg*. 3.

III. Et hæc in uno herede expeditam rationem habent. Quid, si plures heredes erunt? quæremus primum, an omnes teneantur; tum si tenentur, quatenus. Et, si recte dicitur legata heredis onus esse, consequens est, si plures sint heredes, hoc onus ad omnes pertinere; quoniam verum est, singulos pariter esse heredes. *L. legatorum* 33. *D. de leg*. 2. Ita tamen, [2] nisi testator nominatim unum aliquem ex heredibus præstare voluerit. Is enim debebit, quem voluit. *L. si plures*. 98. *D. de lega*. 3. Et hoc, dum scit plures sibi esse heredes, & nihilominus unum onerat. *L. post emancipationem*. 40. *in princip*. *D. de lega*. 3. Cæterum si ideo unum onerat, quia putat, eum solum sibi legitimum heredem futurum, exsistente etiam alio eiusdem gradus cognato, ad quem hereditas pro parte redeat: placet, in hoc errore testatoris subveniendum heredi onerato, ut pro parte dimidia & is relevetur, quasi testator non latius eum oneraturus esset, si solum eum heredem non futurum scisset. *L. cum pater*. 77. *§. cum existimaret*. *D. de leg*. 2.

IV. Heredibus autem in commune oneratis, si quæritur, quatenus singuli teneantur, hæc distinctio erit, ut si simpliciter quid legatum sit, aut legatum ab heredibus sub appellatione heredum, puta heredes mei Titio danto, vel quisquis mihi heres erit, dato: tum teneantur singuli pro portionibus hereditariis, nempe quatenus sunt heredes. *L. 2. C. de hered. act. d. L. legatorum*. 33. *de leg*. 2. [3] Sin heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, de eo ita scriptum est in *L. si heredes*. 124. *D. de leg*. 1. propius esse, ut viriles, id est æquas, partes debeant. Quia personarum enumeratio hunc effectum habeat, ut exæquentur in legato præstando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Exstat eadem distinctio paucis comprehensa in *L. turpia*. 54. *§. ult. de leg*. 1. Nominatim legatum accipiendum est, non tantum si nomen pronuntiatum sit: sed etiam si qua alia demonstratione intelligatur, a quo legatum sit. *L. nominatim*. 90. *D. de leg*. 3. Enimvero quid mutat personarum enumeratio, ut eum effectum habeat, quem diximus? Facit nimirum, ut, cum personæ numeratæ sunt, pro numero quoque personarum teneri debeant; unde & partes inter eos viriles. Cum autem tanquam heredes designati sunt, non potest, quin ita teneantur, ut heredes. Tenentur autem heredes non ex æquis partibus, sed pro his, ex quibus sunt heredes, quas uno verbo hereditarias appellamus.

V. Illud in his partibus tenendum erit, quascumque placet heredibus singulis attribui, sive hereditarias, sive viriles, eas ita singulorum proprias effici, ut pro his, qui solvendo non sunt, cæteri coheredes non onerentur. *d. L. legatorum*. 33. *de leg*. 2.

VI. Sed quod dicimus, legata ad onus heredum pertinere, a quibus vel indefinite, vel specialiter relicta sunt: nemo ignorat ita dici, si modo hi, a quibus relicta

2) Potest etiam qui a pluribus heredibus legavit iubere, ut heredum unus legata præcipiat, & legatarius præstet *L.* 107. *de leg*. 1. Et ita dispensatorem legatorum, seu exsecutorem testamenti, heredem unum constituere, Cuiac. 2. *ad Afric. ad d. L.* 107. Præcipit vero ea legata heres dispensator, officio iudicis, Familiæ erciscundæ iudicio. Quid si dispensator legatorum extraneus, an habet petitionem legatorum? Cuiacius distinguit inter dispensatorem alimentorum, & aliorum legatorum *L.* 8. *& seq. de alim. leg*. De exsecutoribus testamentorum pluribus P. Greg. 42. *Synt. uit*. Alv. Valasc. *Consult*. 68. Tiraq. *Tr. Le mort saisit le vif, P.* 7. *Decl*. 5. Ant. de Padilla *ad L.* 1. *de leg*. 2. *n*. 23. *& seq.* late Simon de Præt. *Lib*. 5. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dub*. 2. *&* 3. A. Fab. 66. *de Error. Pragmat*. 6. *&* 4. *seqq.*

3) Hæc communis, & fere omnium distinctio quam examinat, ac ab ea recedit Alberic. Gentil. 4. *& Lect*. 9. *&* 2. *seqq.* Movetur præter alia *L.* 17. *de duob. reis*. Sed Gregor. Lopez *Animadv. C.* 29. verba *d. L.* 17. *excepto aliquo* refert ad omnia præcedentia, & ita difficultatem evitari putat, quia, excipiendo aliquem, ostendat testator, se non personas heredum respexisse. Alias vero non possent convenire casus *d. L.* 17. neque aliquid similitudinis haberent. Neque resistunt verba extrema. Ea enim mea sententia duplicem sensum recipiunt. Poteris sic interpretari, *cum omnes heredes nominantur*, id est cum omnes instituti appellantur nominibus. Poteris & sic, *cum omnes*, quos scilicet testator instituit, *nominantur heredes*: id est non propriis nominibus, sed communi, seu appellativo, & sic tanquam heredes onerantur. Posterior hæc interpretatio, quæ facit, ut contrarietas evitetur, arripienda *L.* 19. *de LL.* Nec me terret iudicium Ægid. Hortensii *ad d. L.* 17. *de duob. reis*, scribentis, imperitos esse, qui ICt. adversa fronte pugnantes conciliare tentant.

licta sunt, vere heredes extiterint, dum extranei hereditatem adeunt, aut sui ipso iure heredes existunt. Quod si aut illi repudient hereditatem, aut hi hereditate se abstineant; constat, ambos id consequi, ut, quemadmodum heredes non sunt, sic nec teneantur oneribus hereditariis. *L. necessariis*. 57. *L. pro herede*. 20. §. *Papinianus*. *D. de acq. her.* & maxime ne debeant legata a se relicta, *L. si alienus*. 61. *D. de lega.* 2. Neque nunc necesse esset id monere, nisi ex eo incideret alia quæstio; quæ huc pertinens etiam hoc loco tractanda est. Quæritur enim, herede a quo quid relictum est, hereditatem repudiante, utrum legatum intercidat; an vero ita perseveret, ut legato obligentur sequentes heredes, ad quos eadem hereditas pervenit; puta substitutos, aut heredes legitimos, suo quemque ordine. De quo sic breviter habendum est: si ad sequentem heredem iudicio testatoris ea hereditas pertineat, eodem onere eum, eademque petitione teneri. Sin aliter, quam iudicio testatoris, non teneri; nisi nominatim ab eo relictum fuerit.

VII. Iudicio testatoris vocatur ad eamdem hereditatem substitutus. Inde constitutum, & pro regula traditum, 4 legata ab instituto relicta, voluntate testatoris a substituto repetita videri. *L. licet*. 74. *D. de lega.* 1. *L. non iustum*. *C. ad. Treb.* Voluntatis coniectura ex his rebus. Quod enim a testatore legatum est, declarat voluisse eum id legatario præstari. Nulla autem caussa est, cur testator ab instituto id præstari velit, nolit autem præstari a substituto. Neque enim magis dilexit substitutum, quam institutum, sed minus. Indicio est, quod institutum in hereditate substituto prætulit. Huc accedit, quod substitutus iudicio testatoris eamdem hereditatem consequitur. Consentaneum igitur, ut substitutus, qui in cæteris iudicium testatoris agnovit, etiam in hac re agnoscere debeat. Non adversatur superiori regulæ, quod traditur in *L. sub conditione*, 73. *D. de hered. instit.* sub conditione herede instituto, si substituamus, nisi eamdem conditionem repetemus, pure eum heredem substitutum intelligi, eoque nec conditionem repetitam videri. Alia enim voluntas est testatoris in legato, quod ab instituto relictum est; alia in conditione institutioni iniecta. In legato quod ab instituto relinquitur, non ea mens est testatoris, ut institutum solum oneret ea præstatione de nullo alio cogitans, cui consultum velit: sed magis ut cogitans de legatario velit legatum omnino ad eum pervenire. Sic autem perveniet, si quod ab instituto legatum est, repetatur etiam a substituto. Quare & hoc velle testator intelligitur. Neque enim persona substituti minuit effectum, quo testator erga legatarium ad legatum ei relinquendum ductus est. In conditione autem institutioni adiecta, aut solum institutum onerare voluit testator ea conditione, nulli alii consultum volens; aut si cui consultum voluit, voluit substituto, quo magis hereditas conditione deficiente ad eum veniret. Non convenit igitur conditione alium onerari, quam testator voluit; multo etiam minus conditione nocere ei, cui testator ea conditione prodesse voluit.

VIII. Sed regula superior cautione indiget. Non enim semper legata ab instituto relicta placet, a substituto tanquam repetita deberi, refragantibus interdum verbis regulæ, si recte accipiantur, alias etiam voluntate testatoris: adversus quam neque hic, neque alibi usquam quidquam admittendum est.

IX. Et verba quidem regulæ sic accepta sunt, ut intelligantur legata recte dici relicta ab instituto ea, quæ in persona eius ab initio constiterunt. Quod si non constiterint, placet, nec a substituto repetita videri, quæ nulla data fuerunt. Hocque illud est, quod Scævola respondit in *L. quidam*. *D. de iur. cod.* quod legatum ab eo instituto datum est, qui in vivis non erat, a substituto eius non deberi, quia nullius momenti legatum fuerit.

X. De voluntate autem ita traditum, superiori constitutioni in obscura voluntate locum esse. Quod si evidens fuerit diversa voluntas, constitutionem cessare. Hoc Ulpianus in *d. L. licet*. 74. *de leg.* 1. & simul addit, quibus ex rebus hæc voluntas colligatur. Colligi autem ex his rebus tribus: Una, si testator eidem fideicommissario vel legatario aliam rem reliquerit a substituto, quam ab instituto non reliquerat. Altera, si fideicommissarium ipsum, cui ab instituto reliquerat fideicommissum, substituerit ex parte. Tertia, si certa caussa fuerit, cur ab instituto relinqueret, quæ in substituto cessarit.

XI.

4) Non tantum legata, sed & libertates *L.* 77. *de leg.* 3. *L.* 80. *de V. S.* Olim tamen secus erat, teste Cic. in *Top. Si paterfam.* inquit, *uxori ancillarum usumfructum legavit a filio, neque a secundo herede legavit, mortuo filio, mulier usumfructum amittet*. Forn. *ad d. L.* 80. Gœd. *ibid. n.* 3. & 4. De regula hac vid. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. resol.* §. 11. *n.* 28. & *seq.* & Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *n.* 36. ac Fachin. 5. *Contr.* 39.

XI. Prima coniectura hanc rationem habet, quod testator, cum aliam rem reliquit a substituto, videtur onera partitus esse inter institutum, & substitutum, quæ vellet proprie inter eos servari, ne quod uni attributum esset, ad alterum pertineret.

XII. Secundam coniecturam hac ratione defendas, quod cum testator fideicommissarium in partem substitutionis admisit, videtur tantum detraxisse alteri substituto, quo huic fideicommissario satisfieret de eo, quod ab altero substituto repetitum videri posset.

XIII. Tertia coniectura manifestam rationem habet. Dicere enim solemus, caussa cessante ei rei, quæ ob caussam inducta est, locum non esse. *L. quod dictum. D. de pac. L. de eo. & L. sequen. D. de iudic.* Finge, testatorem iussisse, heredem institutum dare centum Titio, quæ ipsi debebat. Herede deficiente, substitutus eius, qui testatori nihil debuit, fideicommisso non tenebitur; quia in eo non eadem dandi caussa est.

XIV. Quidam putant, si ab instituto legatum relictum sit nominatim, non debere videri id repetitum a substituto; denique substitutum eo legato non teneri: quia scilicet scriptum sit in *L. si plures. 98. D. de lega. 3.* si testator velit non omnes heredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: debere nominatim damnare. Quo satis significatur, si quosdam ex his nominatim damnaverit, cæteros legatorum præstatione non onerari. Sed hoc de pluribus [5] institutis, qui eodem gradu sint, dictum est. Ad institutum, & substiturum non pertinet. Cum enim testator ex pluribus institutis a quibusdam nominatim quid legat, non potest alio consilio id fecisse videri, quam ut cæteros legato eximeret, qui ex persona tantum sua teneri potuerunt, non ex persona eorum, qui nominatim dare iussi sunt. At cum agitur de instituto, & substituto, si quid ab instituto leget testator, tantum abest, ut videri debeat id fecisse substituti eximendi caussa, ut potius existimandus sit fecisse illius pariter onerandi; quoniam substitutus tenetur ex instituti persona, utpote in locum eius substitutus.

XV. Substituto similis est coheres, cui deficientis coheredis portio accrevit. Nam & hic in eam portionem iure substituitur. *L. 5. D. de vulg.* & testator hoc ius sequitur, quia scit se cogi id ita sequi. Idque ita iam olim hoc ipso argumento receptum legimus in *L. si Titio. 61. §. 1. D. de leg. 2.* Idem apertius, & generalius definitum postea a Iustiniano in *L. unica. §. his ita. C. de cad. toll.* Negari tamen videtur a Celso in *L. pater. 29. §. ult. D. de leg. 2.* Sed ne dubitemus affirmare, negari id a Celso, negavit aperte & Iulianus, ut refertur in *d. L. si Titia. 61. §. 1.* Verum hæc sententia vetus est, quæ post rescriptum Severi de legatis a substituto repetitis, etiam posterioribus Iurisconsultis displicuit, ut Ulpiano in *d. L. si Titio. §. 1. de leg. 2.* Paulo in *L. civitatibus. 122. §. 1. de leg. 1.* Marcello in *L. cum patronus. 28. de leg. 2.* Quibus si quis opponer priorum illorum sententias Celsi, & Iuliani, sane fatebimur esse contrarias, quales esse palam profitetur Ulpianus in *d. L. si Titio.* Sed ne nos morentur, intelligemus, [6] abrogatas esse superiore constitutione Iustiniani, quæ in universum iussit, deficientem portionem cum suo onere coheredi accrescere. *d. L. unica. §. his ita. C. de cad. tol.*

XVI. Ne huic quidem substituto dissimilis est filiusfamilias, aut servus heres institutus, si a patre, vel domino fideicommissum relictum sit, & patri, vel domino non quæratur hereditas. Tum enim ius facit, ut si per filium, aut servum hereditas quæratur, hæc primo loco ad patrem, dominumve pertineat. *L. placet. D. de acq. her.* Summoto autem patre, dominove, quia vel filius interim sit emancipatus, vel servus manumissus, redit hereditas ad filium, & servum secundo loco. Unde evenit, ut ab emancipato quoque filio, vel servo manumisso tanquam substituris quibusdam fideicommissum peti possit: non tam quia ad eos quæsitæ hereditatis commodum redit, quam quod hereditas apud eos remanet. *L. 4. D. de leg. 3.* Putat tamen Licinius, quia isti rogati non sunt, utilem tantum hoc casu actionem in eos competere, ut is ad quem emolumentum hereditatis pervenerit, & fideicommissum præstare compellatur. *L. si alienus. 62. D. de leg. 2.*

XVII. Sed hæc omnia in superioribus caussis accidunt eo, quod prioribus heredibus, a quibus fideicommissum relictum erat,

5) Sed immo *d. L. 98.* aperte de pluribus gradibus heredum, atque ita institutis, & substitutis loquitur. Potest autem ita accipi, si sic nominatim damnet heredem primi gradus, ut inde appareat, eum nolle sequentem gradum onerare.

6) Ita & Duar. *Lib. 2. de Iur. accr. C. 2.* Dissensio ut evitetur, malo cum Pac. 6. Q. 14. dicere in *in d. §. ultim.* haberi exceptionem nisi nominatim testator ab uno legans ostendat, se ab eo tantum præstari velle legatum.

erat, deficientibus, sequentes heredes, a quibus fideicommissum præstandum esse diximus, iudicio testatoris ad eandem hereditatem vocantur. Quod si, qui sequuntur heredes, iudicio testatoris hereditatem non obtinebunt, legata prius relicta eos non sequentur. Utputa, legata ab herede scripto relicta sunt. Testamento postea irrito facto, legitimi heredes legata non debebunt. Usque adeo, ut quanvis iidem ab intestato succedant, qui prius scripti erant, tamen ne sic quidem legata præstare cogi possint. *L. si quis testamento*. 81. *D. de leg*. 2. Idemque in heredibus legitimis servandum est; ut, [7] si quis intestatus decedens, ab eo, qui primo gradu ei succedere poterat, fideicommissum reliquerit, & eo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, is fideicommissum non debeat. *L*. 1. §. *ult. D. de leg*. 3.

XVIII. Hæc tamen ita, nisi heredes legitimi, aut qui sunt secundo gradu, rogati sint & ipsi, ut idem præstent. Quod si fit, & ipsi legati præstationi obligabuntur, quasi his testator dederit hereditatem hoc ipso, quod non ademit. *d. L. si quis testamento*. 81. *de lega*. 2. *L. ex fideicommisso*. *C. de fid*. Neque interest, nominatim rogaverit testator, an generaliter quisquis sibi heres esset, aut etiam iuberet, fideicommissum ab intestato præstari. *L. eam quam*. *Cod. de fid*. Sed etsi alter ex legitimis heredibus repudiaverit hereditatem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheres eius quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem. *L. si Titio*. 61. §. 1. *D. de leg*. 2.

XIX. Sane interdum, etsi heres alter, quam is a quo fideicommissum relictum erat, nec hereditatem obtinere cœperit iudicio testatoris, nec ab eo fideicommissum nominatim sit relictum: nihilominus placet, eum legatis a priore herede relictis teneri. In quo numero sunt duo: fiscus, & ex quibusdam caussis heredes legitimi. Fiscus, quoties heredi, a quo fideicommissum relictum est, [8] hereditas tanquam indigno ablata est, & vindicata fisco. *L. si servus*. 50. §. *si quis ante*. *D. de leg*. 1. Adversus hunc, inquam, legatorum persecutio locum habet, si bona agnoverit. *L. si servus*. 50. §. *si quis ante D. de leg*. 1. Optima ratione: non illa sane, quod heredis, & successoris loco est; quamquam ita habetur: *L*. 2. *C. ad leg. Iul. de vi*. non enim heres est iudicio testatoris; sed quia hoc casu fiscus non novus est heres, sed is, qui ex persona heredis indigni hereditatem obtineat: ut proinde quemadmodum commodis iisdem fruitur, ita & iisdem oneribus debeat subiici. Argumento est, quod cui bona auferuntur, nihilominus heres est, nec, bonis ablatis, heres esse desinit, ut disserit Paulus in *L. ex facto*. §. *ul. D. de vulg*.

XX. Iam & hoc in heredibus legitimis hodie accidit, ut, hereditate heredi scripto ab heredibus legitimis ex caussa præteritionis, vel exheredationis evicta, legata, & fideicommissa ab his ipsis heredibus debeantur, quanvis rogati non sint. Iustinianus enim constituens, ut hoc casu institutiones infirmentur, cætera testamento relicta valeant. *authen. ex caussa*. *C. de lib. præt. vel exher*. non aliud cavere intelligitur de legatis, & fideicommissis eo testamento relictis, quam ut ea præstentur. Neque vero ab alio præstari debent, quam ab his, ad quos hereditatis commodum pertinet. *L. si alienus*. 62. *D. de leg*. 2. Hi autem sunt legitimi heredes, qui ex suprascriptis caussis hereditatem evicerunt. Ipsum quidem scriptum heredem, quem heredem non esse apparuit, fideicommissa non debere plusquam certum est. *d. L. si alienus*. 62. *de leg*. 2.

CAP.

7) Dissent. Ant. Fab. 4. *Coniect*. 15. quem refelli, *supr. in not*. *C* 8. *N*. 2. Tenetur vero & heres legatariis, etsi iniuria secundum eum pronunciatum, *L*. 50. §. 1. *de leg*. 1. vid. Hotom. 6. *Observat*. 23. tametsi iniusta sententia contra heredem ei hereditatem abiudicant, legatariis non noceat *d*. §. 1. Rob. 2. *Rer. Lect*. 13. contra Cuiac. 2. *Obs*. 7. *&* 16. *Obser*. 32.

8) *L*. 26. §. *uit. de his, quæ ut indig*. Idem est si bona vacantia ad fiscum deferuntur. *L*. 96. §. 1. *de leg*. 1. vid. Chiflet. *Lib*. 4. *de Iure Fideic*. *C*. 1.

C A P. XXX.

Quando legatum præstari debeat, & peti poſſit, ſive erit purum, ſive in diem, ſive ſub conditione: Et de conditionibus. *Conditio* quid ſit; unde dicta.

Omne legatum aut purum *eſt, aut* in diem, *aut ſub conditione*. I.
Purum eſt, in quo neque dies ad ſolvendum adiectus, neque conditio. II.
Huiuſmodi legatum ſtatim, ac præſenti die debetur, & peti poteſt; dum tamen hereditas adita. III.
Quæ vero in diem, aut ſub conditionem differuntur, non ſolum ante diem, aut conditionem exſiſtentem peti non poſſunt, ſed nec agnoſci, neque repudiari. IV. IX.
In legatis in diem duo legatario tribuuntur; & quæ nam. V.
Quod in diem legatum, ante diem ab invito herede exigi non poteſt; a volente ſolvi poteſt. VI.
Hoc legatum, ſi, mortuo teſtatore, decedat legatarius ante diem, ad heredem eius tranſmittitur. VII.
Non item conditionale. VIII.
In legato in diem hæc duo quærenda: an ſit legatum in diem: an dies venerit. X.
Cur hoc poſterius verbis non egeat. XI.
Legatum in diem quod nam vocetur. XII.
Ineſt dies legato partim aperte, partim tacite. XIII.
Quo modo aperte. XIV.
Tacite dupliciter. XV.
Quando natura relicti legato dies contineatur. XVI.
Quando voluntatis coniectura diem inducat. XVII.
Legatum ſub conditione ante nec debetur, nec peti poteſt, quam ea impleta, vel iure pro impleta habita. De eo quæſtio quadruplex. XVIII.
Conditio quid ſit. XIX.
Unde dicta. XX.

I. INter cæteras circumſtanti s, quæ ad præſtationem legati certat, efficiendam neceſſariæ ſunt, eſt, ut dixi & tempus, quo quidque præſtandum eſt. Utcomque enim conſtet prius, quid, quantumve legatum ſit, coi item, & a quo præſtaodum: ſi tamen nondum tempus præſtandi venit, fruſtra legatum petitur, neque hic ulla neceſſitas eſt præſtationis. Sequitur igitur, ut ſuperioribus expoſitis, iam de hoc tempore præſtationis cognoſcatur. In quo eadem iuris diſtinctio ſervatur, quæ in ſtipulationibus. Eſt autem hæc, ut omne legatum aut purum ſit, aut in diem, aut ſub conditione. *L. 5. D. quan. di. leg. ced.* Diviſio & in ſtipulationibus tradita in *§. omnis. Inſt. de ver. obl.*

II. Purum dicimus, in quo neque dies ad ſolvendum adiectus eſt, neque conditio. *d. L. 5. D. quan. di. leg. ced.* Similiter ut puram ſtipulationem, quæ neutrum horum in ſe habet. *d. §. omnis. de verb. obl.* Quæ ideo pura vocamus, quod pura, & nuda ſint ab his [1] adiectionibus, quæ præſtationem differre ſolent.

III. Quæ legata huiuſmodi ſunt, præſentia ſunt. *L. 1. in princ. D. de cond. & dem.* id eſt, ſtatim & præſenti die non debentur ſolum, ſed & peti poſſunt, ut fit in omnibus obligationibus, quæ diem non habent. *L. in omnibus obligationibus. D. de reg. iur. §. omnis. Inſt. de verb. obl.* Quod tamen in legatis ſic accipiendum eſt, dum hereditas ſit adita. Hinc enim primom eorum omnium, quæ teſtamento relinquuntur, non ſolum petitio, ſed etiam obligatio, & vis pendet. *L. omnia. 32. de leg. 1. L. ſervum. 44. §. 1. L. ſi tibi homo. 86. §. cum. ſervus. de leg. 1.* Quippe tunc primum confirmatur teſtamentum, ſine aditione alioqui inutile futurum. *L. ea quam. C. de fid. L. 1. D. de ini. rup. teſta.*

IV. Quæ autem legata in diem, aut ſub conditione differuntur, ea ante diem; aut conditionem exſiſtentem pariter peti non poſſunt, quemadmodum nec ante agnoſci,

1) Matthæac. *Lib. 1. Epi. Legat. C. 4. n. 11. & ſeqq.* tempus ſcribit, poni aut ad ſubſtantiam legati, ubi facit legatum conditionale *L. 21. princ. Quan. di. Leg.* aut ad præſtationem, & manere purum vel in diem certum, nec fieri conditionale; aut ad finem, vel interitum illius, & facere diem, non autem conditionem. De vulgari clauſula de præſtandis legatis quantitatum, annua bima trima die, vid. *L. 19. L. 30. d. de Leg. 1.* Cuiac. 7. *Obſer.* 20. & 15. *Obſ.* 29.

agnosci, aut repudiari. *L. cedere. D. de verb. sign. §. omnis. Inst. de verb. obl.* Sane in obligatione inter utrumque genus hoc interest, quod quæ in diem relicta sunt, sic ante peti non possunt, ut debeantur tamen ex die aditæ hereditatis. Quæ autem sub conditione, omnino pendente conditione ne debentur quidem, nedum peti possint. Cuius differentiæ effecta quæ sint, dicetur suo loco in ea parte iuris, quæ est de obligationibus. Nunc quod ad præstationem legati, de qua agitur, pertineat, & aliud quiddam, quod est proprium legatorum, tantum attingam.

V. Duo sunt vero, quæ ob superius debitum, quod in legatis in diem, ante diem exsistere dicimus, legatario tribuuntur: legati ante diem solvendi facultas, & eius legati ad heredes transmissio.

VI. Quod in diem legatum est, ante diem ab invito herede exigi non potest: a volente solvi potest. *L. 1. D. de cond. & dem.* Etiam invito legatario. *L. quod certa. D. de sol.* de quo plura in obligationibus.

VII. Idem legatum, si mortuo testatore decedat legatarius ante diem, ad heredem eius transmittitur; quia omnia transmittuntur, quorum dies cessit. Eorum autem, quæ pure, & in diem relinquuntur, dies statim cedit a morte testatoris. *L. 5. D. quan. di. leg. ced. L. unica. §. 1. & §. in novissimo. C. de cad. tol.*

VIII. Conditionalis legati contraria effecta. Quia enim pendente conditione non debetur, ideo ante conditionem ne solvi quidem potest; cum solutio sit eius, quod debetur, solutio. *Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Sed nec interim decedente legatario quidquam ad heredem eius transfertur, cum legati dies tunc non cesserit. *d. L. 5. quan. di. leg. ced. d. L. unica. §. 1. & §. in novissimo. C. de cad. tol.*

IX. Sed his omissis venio ad petitionem, seu necessariam præstationem horum legatorum, de qua nunc agitur. Ea autem petitio est communis, quam dixi, ut nec quod in diem legatum est, nec quod sub conditione, peti possit ante, quam aut illic dies venerit, aut hic conditio exstiterit. Idem & in horum legatorum tum acquisitione, tum repudiatione fieri diximus, ut si sub conditione, vel ex die certa nobis quid legatum sit, ante conditionem, aut diem certum nec repudiare possimus, nec agnitione acquirere. *L. si ita sit. 45. D. de man. vind.* Ex quo apparet in his, quæ in diem certum, aut sub conditione relinquuntur, agnitionem legati, & petitionem simul cedere, ut pariter ante diem aut conditionem exsistentem neque acquiri legatum possit, neque peti. Itaque sic de horum petitione hoc loco dicemus, ut velimus omnia ad legati agnitionem pertinere. Quæ mihi caussa fuit, eam partem agnitionis, quæ hæc legata attingit, in hunc locum reiiciendi, ubi de utroque in commune diceretur. Iam ergo quando utrumque recte petatur, & præstari debeat, videamus.

X. Et de priore genere sic recte definiemus: quod legatum in diem sit, id tum peti posse, & præstari debere, cum dies venerit. Itaque in hoc legato duo quærenda sunt. Primum, an sit legatum in diem, ne frustra laboremus in die exspectando, qui nullus inest. Deinde, an dies venerit.

XI. Posterius hoc verbis non eget. Cum enim hic de die certo loquamur, nemo ignorare potest, utrum is, & quando venerit.

XII. Prius eget explicatione, quia varie dies inest, neque id ab omnibus cernitur. Et legatum in diem vocamus, cum adiecto die, quo legatum præstetur, legatum relinquitur. Sic definitur stipulatio in diem in *§. omnis. Inst. de verb. obl.* quod & ad omnem aliam obligationem, & ad legatum, ac fideicommissum transferendum est. Diem hic certum intelligimus. Nam dies incertus conditionem in testamentis facit. *L. dies. 75. de con. & dem.* De quo paulo post in legato conditionali. Adiectum hic diem intelligere debemus, qui quovis modo inest legato, ad legatum ex eo die præstandum.

XIII. Inest dies legato partim aperte, partim tacite.

XIV. Aperte, cum verbis testatoris adscriptus est. Ut, Titio post duos tresve annos, quam moriar, centum dari volo.

XV. Tacite ut insit, fit alias natura relicti, nonnunquam & tacita testatoris voluntate.

XVI. Natura relicti legatum diem in se continet, cum aut opus aliquod heres ædificare iussus est, aut loca legato præstando sunt præfinita. Nam & opus faciendum tantum temporis desiderat, intra quod perfici possit: & loca adiecta tantum, intra quod in locum constitutum possit perveniri. *L. interdum. 73. D. de verb. obl. §. loca. Inst. eo. tit.* Talem dilationem desiderat cuiusvis rei legatæ præstatio, quæ res præsens non sit: ad quam repræsentandam necesse sit eo proficisci, & inde sumere, ubi est. Quamquam hoc ad locum tacite adiectum potest referri. XVII.

XVII. Est etiam, cum voluntatis coniectura hunc diem inducat. Quod in hac specie receptum est, cum legato, quod primo alicui datum est, dies adiectus est; & si is legatarius ad legatum non perveniret, alius in eamdem rem sine mentione diei substitutus est. Nam hic quantum temporis deerat primo ad legatum consequendum, tantum in substituto repetitum videtur; ut scilicet substitutus eadem conditione legatum accipiat, qua fuit apud eum, in cuius locum substitutus est. *L. Publius*. 36. §. *ult*. *D. de cond. & dem.*

XVIII. De conditionalis legati petitione hæc iuris summa est. Quod legatum sub conditione relictum est, si quidem & conditio iure pro conditione habeatur, id tum primum deberi, & peti posse incipit, cum ea conditio exstiterit, aut non impleta, iure pro impleta habebitur. Ex quo intelligi potest, omnem de conditionali legato quæstionem his quatuor partibus tanquam certis finibus contineri: ut quæratur, Primum an in legato insit conditio. Secundo loco, an eiusmodi, quæ iure pro conditione haberi debeat, ut eius eventus sit expectandus. Tertio, an quæ expectanda est, impleta sit. Postremo, non impleta an in ea caussa sit, ut pro impleta haberi debeat. Quæ omnia & in cæteris obligationibus sub conditione contractis licebit usurpare.

XIX. An in legato insit conditio sic assequemur, si noverimus quid sit conditio, & eiusmodi aliquam orationem legato additam esse videbimus. [2] Conditio, ut supra quoque definivimus Cap. XIV. huius Libri, est oratio, qua id omne, quod agitur, in futurum aliquem eventum suspenditur, §. *sub conditione*. *Inst. de ver. obl.* Ea oratio formula, & conceptione verborum una est, si quid secutum sit postea, si quid factum erit, aut non erit, cuius eventus sit incertus. Puta [3] si navis venerit ex Asia, si rex Parthorum vicerit, si Titius in Capitolium ascenderit, si decem dederit; aut contra si non venerit, si non vicerit, si in Capitolium non ascenderit, si non dederit. *d*. §. *sub conditione*. *de ver. obl.* Sane dicuntur etiam conditiones quædam esse, quæ in præsens, & præteritum conferantur, ut si Titius vivit; si Titius consul factus est. De quarum potestate scriptum est in §. *conditiones*. *Inst. de verb. obl. L. conditio*. 100. *D. eo. L. cum ad præsens*. 37. *& duab. seqq. D. si cer. pet.* Sed ne quis harum exemplo adversus superiorem definitionem moveatur: dicuntur hæ conditiones, quia conceptione, & forma verborum tales sunt; re autem vera conditiones, non sunt. Quod non uno in loco a veteribus traditum legimus, ut *L. si ita stipulatus*. 122. *D. de ver. obl. L. illa institutio*. *D. de cond. inst. L. itaque* 39. *D. si cer. pe. L.* 3. §. *si patronus*. *D. de bo. lib.* Et recte: ex his enim conditionibus aut nihil debetur iam a principio: aut si quid, pure deberi intelligitur. Nihil debetur, si falsæ sunt. Pure debetur, si sunt veræ. Pugnant autem inter se pure quid dari, debcrive, & deberi sub conditione. §. *omnis*, iuncto §. *sub conditione*. *Inst. de verb. oblig.* De hoc genere si quis plura requiret, scripsi quod satis esse videbatur, ad *L. cum ad præsens*. *D. si cer. pet.* Illoc redeo, in vera conditione formulam, & conceptionem unam esse hanc, ex qua conditio deprehendatur, si quid factum erit postea, aut non erit. Hæc, inquam non alia conditionis formula est, sive exprimatur verbis hæc oratio, sive aliis verbis eadem indicetur. Unde hac oratione inventa, facile est conditionem agnoscere. Quomodo inveniatur, dicam paulo post. Prius monendi videmur de etymologia verbi, ex qua & significationis ratio, & verbi orthographia, in qua multi falluntur, intelligetur.

XX. Recte Grammatici illi sentiunt, qui conditionem a condendo dictam volunt. Ut sit ultimum supinum verbi conditu: unde nomen verbale conditio. Congruit significatio verbi. Nam *condere* inter alia significat, constituere, componere, ac veluti exædificare aliquid: facere denique ut res sit. Hinc conditio: cuius verbi duplex significatio est, ex illo velut fonte ducta. Nam in hominibus conditionem personæ vocamus, habitum fortunæ cuiusque & statum ex eo, quod hæc qualitas eiusmodi sit, qua homo ita a Deo conditus est, aut factus. *L. in multis*. *D. de stat. hom. L. qui cum alio*. *D. de reg. iur.* Neque solum in hominibus, sed & in cæteris rebus hæc appellatio valet. Nam & res meliore, & deteriore conditione esse dicitur, id est, statu. In nego-

2) Duaren. *de Cond. Instit.* C. 2. Conditio est adiectio L. 6. §. 1. *de tutel.* qua legatum, vel institutio heredis suspenditur in futurum eventum, vid. & Goed. *ad L.* 1. *de V. S. n.* 16. *& seq.*

3) Cur ICti nostri iisdem plerumque exemplis utantur in conditionibus referendis. Ut in casuali: *Si quis ex Asia venerit*; *Si Titius Consul factus erit*; in potestativa, quæ factum habet: *Si Capitolium adscenderis*; quæ dationem: *Si* 10. *dederis*; In conditione facti impossibilis; *Si cælum digito tetigeris*: dationis: *Si Hippocentaurum dederis*, *&c.* argute exponit. Rob. 3. *Sent.* 15.

negotiis autem gerendis, voluntatibusque supremis ordinandis valet illa altera conditionis significatio, quam diximus; eamdem tamen originem verbi, & significationem retinens. Nam & in omni re, de qua affirmatur quid, statuiturve in futurum, hoc ipsum præstat adiecta conditio, ut eius eventus constituat rem, de qua agitur, quæ absque eo esset, omnino ut nulla esset, actum intelligeretur. Sit aliqua institutio, aut legatum, aut promissum sub conditione, si navis venerit ex Asia. Ex huius conditionis eventu pendet, an institutio, legatum, promissum valeat, necne. Nam si navis non venit, nihil istorum placet; si venerit, hic est eventus, qui primum superiora constituit, facitque ut sint, ut voluimus. Recte igitur conditio, quæ facit, ut res istæ velut condantur, id est constituantur. Utrum tamen verbum a *condio*, aut a *condico* potius deductum dici debeat, quam a *condo* ambigi potest. A condio quidem idem supinum conditu, quod in verbo condo; unde pariter verbale nomen recte deducas conditio. Neque abludit verbi *condio* significatio ab eo, quod conditionis proprium est. Dicimus enim per metaphoram condire aliquid re aliqua, pro temperare, & moderari rei alicuius adiectione. Qualis adiectio est conditio. Rursum in Pandectis Florentinis ubique constanter conditio scribitur per *c.* in penultima syllaba. Quam scripturam si sequimur, non potest hoc aliter accipi, quam ut existimetur verbum dictum esse a *condicendo*. Sed quominus a *condio* deducatur, prohibet quantitas secundæ syllabæ. Nam a *condio* quidem, & *condo* fit ultimum supinum *conditu*, unde *conditio*. Sed a condio quartæ inflexionis verbo conditum penultima producta: a condo tertiæ inflexionis conditum *di* syllaba correpta: quæ & ipsa in verbo *conditio* brevis est. *Horat. Lib. 1. epist. 1. cui spes, cui sit conditio dulcis sine pulvere palmæ.* Quominus autem conditionem a *condico* dici putemus, tria evidenter reclamant, derivatio verbi, syllabarum quantitas, & in primis verbi *condico* significatio. Derivatio quidem aperte. Nam verbalia in *io*, ut Grammatici docent, fiunt ab ultimo supino verbi, mutato *u*, in *i*, & addita litera *o*. Quam ob caussam si a *condicendo* deducas, debuit verbale esse *condictio*, non *conditio*, ut a dico *dictio*, a scribo *scriptio*, a lego *lectio*. Sed esto, deriventur hæc nomina a themate ipso verbi activi præsentis temporis indicativi modi, quod falsum esse superioribus exemplis aperte convincitur: tamen quominus id recipiamus in verbo conditionis, tanquam a condicendo dictæ, obstat quantitas secundæ syllabæ, quæ in *condico* longa est, in *conditio* brevis, ut ante ostendi, & convenit inter omnes. Postremo hanc derivationem significatio verbi *condico* aperte repudiat. *Condicere* enim quid alicui, est una cum alio quid affirmanter dicere, & polliceri futurum: ut cum dicimus, te alteri condicere diem, ad quem adfuturus sis: condicere cœnam, ad quam venias. In conditione autem qualem nunc intelligi volumus, non modo nihil certo dicitur, aut affirmatur, sed etiam tota oratio, cui conditio adhibetur, confertur in eventum incertum, & ex eo vis eius pendet. Non est igitur omnino hoc verbum a *condicendo*; eoque nec tanquam ab eo deductum per *c.* in penultima syllaba scribi debet, sed per *t.* usitato more.



CAP.

C A P. XXXI.

Conditio quibus ex rebus inesse legato deprehendatur.

Inest legato conditio vel extrinsecus, vel a testatore adiicitur. I.
Extrinsecus inest partim potestate iuris, partim natura rei legatæ. Utrumque explicatur. II.
A testatore adiecta conditio intelligitur, sive verbis adscripta sit, sive ex voluntate insit. III.
Adscribitur aut formula conditionis expressa, aut adiecto eo, quod pro conditione habetur. Huiusmodi duo: dies incertus, & demonstratio ex futuro sumpta. IV.
Quis dies certus, *quis* incertus. V.
Incertus duobus modis dicitur: uno, cum incertum est, an venturus sit, certum tamen quando; altero, cum venturum esse certum est, incertum autem quando. VI.
Utrinsque adiectio conditionem in testamento facit. VII.
Nisi appareat de contraria testatoris voluntate. IX.
Quid, ea detracta, de die incerto indicandum. X.
Quid intersit inter hæc duo: si pubes factus, & cum pubes erit. VIII.
Demonstratio ex futuro sumpta pro conditione est. Quæ nam oratio eam demonstrationem habeat. XI. XII.
Ex sententia, & voluntate testatoris trifariam inesse conditio potest. XIII.
Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, sub conditione datum videtur. XIV.
Repetitio conditionis prioris legati in posteriore recepta est in legati translatione, si non conditio personæ cohæreat. XV.
Imme in omnibus, quibus, cum quid relictum esset sub conditione primo, post deinde verbis pure legatur. XVI.
Si modo utiliter conditio adiecta, aut institutio, legatumve, cui adiecta, constiterit. XVII.
Quando ex affectu solo testatoris conditio in puro relicto inesse existimetur. XVIII.

I. POstquam quid sit *conditio*, tenemus: quod sequitur, ubi insit in legato, videamus: sine quo legatum non possit fieri conditionale. Non hic laboraremus, si semper exprimeretur conditio, aut exprimeretur ea formula, quam propriam conditionis esse diximus, puta si illud, aut illud factum fuerit. Nunc autem neutrum horum perpetuo hic servatur. Quo fit, ut sæpe conditio non animadvertatur, quæ tamen vere inest. Quocirca ut possit a nobis in omni genere legati facilius deprehendi, præceptis nos ad eam rem adiuvari opus est. De quo iam dicemus. Conditio aut extrinsecus, & quodammodo sua sponte citra voluntatem testatoris legato inest, aut a testatore ipso inilcitur.

II. Inest extrinsecus legato partim potestate iuris, partim natura rei legatæ. Potestate iuris hæc, si hereditas sit adita. *L. heredis. 7. D. quan. di. leg. ced.* Conditio ex eo, quod ius ita est, ut nihil valeat ex eo testamento, ex quo hereditas adita non erit. *L. 1. D. de ini. rup. & irr. test. L. ea, quam. C. de fid.* Unde dictum, legata omnia, etiam quæ sine die, vel conditione adscribuntur, non nisi ex die aditæ hereditatis præstari. *L. omnia. 32. D. de legat. 2.* Ex re, quæ legatur, conditio inest, cum id quod in rerum natura non est, exsistere tamen postea potest, relinquitur: ut cum legatur quod ex Arescusa natum fuerit; aut fructus, qui ex eo fundo percipientur. *L. 1. §. ult. D. de cond. & dem.* Harum enim rerum eventum incertum facit natura, cum possint hæc tam non exsistere, quam exsistere. Incertus autem hic eventus ex futuro pendens, conditionem facit. Similis est operarum ratio; quarum non ante dies cedit, quam indictæ fuerint, nec sint præstitæ. *d. L. interdum. de verb. obl.*

III. Iniecta a testatore conditio intelligitur, sive is verbis adscripsit, sive sine verbis inesse voluit. Quorum prius an fecerit, verborum conditionem significantium cognitione; an fecerit posterius, voluntatis coniectura assequemur.

IV. In verbis, & formula conditionis non hæsitaremus, si non alibi conditio esset, quam ubi ita dictum est, [1] *si illud factum erit*, aut *non erit*: in quo con-

1) Non tantum vero vocula, *si*, concipitur conditio, sed & aliis, vid. Duaren. *de Cond. Inst. C. 3.*

conditionem esse diximus. Nam ubi hoc dictum sit, proposito legato facile cernitur. Sed est, cum conditio aperte non exprimatur. Quod genus quale sit, cognoscendum est. Igitur pro conditione hæc habentur, [2] *dies incertus*, & *demonstratio rei adiecta ex futuro sumpta*. Diem incertum conditionem in testamento facere traditur *L.* 1. §. 1. *L. dies.* 74. *D. de cond. & dem. L. talis.* 30. *de leg.* 1. Id quoque quid sit, & quatenus valeat, dicendum est.

V. Diem incertum recte dixerimus omnem, quem testator ex eventu aliquo intelligi voluit: puta eum, quisquis futurus est, qui tum erit, cum aliquid factum fuerit. Certum contra, qui aperte designatur, quique ut intelligatur, non iubetur ullus eventus exspectari. Num ergo omnis incertus conditionem facit?

VI. Et diem incertum duobus modis vulgo dici constat, ut illa sunt incerta, quæ eventura sunt. Uno modo eum, de quo an venturus sit, incertum est; quanvis si veniat, non sit incertum quanto ab hinc intervallo distet: cuiusmodi sunt illa, fundum Titio do lego, cum pubes erit, cum ad vigesimum annum pervenerit. Constat enim, post decimum quartum annum masculos puberes fieri, nec quisquam quod sit spacium viginti annorum, & quando præterierit, dubitat. Sed incertum est, an ad hoc tempus perveniat is, in cuius personam hæc dilatio collata est. Altero modo & contrario eum, quem venturum esse certum est: illud incertum, quando. Cuius generis est, si quid in mortis heredis tempus conferatur, hoc modo: heres meus, cum morietur, centum dato. Hoc enim quando morietur, incertissimum; etiam si eum aliquando moriturum esse certum est.

VII. Hoc est igitur, quod quærimus, an utroque hoc modo dies incertus habendus sit pro conditione. Et prius genus conditionem habere non dubitatur. *L. si dies. L. si Titio. D. de quan. di. leg. ced.* Nam si conditio est, eum quod promittitur, aut relinquitur, in aliquem casum differtur, ut est: §. *sub conditione. de verb. obl.* necesse est, cum diem pro conditione esse, qui, ut venire potest, & iuxta non venire: ita, utrum legatum debeatur, nec ne; incertum facit. De posteriore dubitari potest, cum sit eiusmodi, ut omnino sit venturus. Sed quoniam & hic incertus est, & in legatis non est satis quid exsistere, ut legatum debeatur, nisi etiam vivo legatario exsistat, si quid incertum est: placet & hunc pro conditione esse, si eiusmodi sit, ut possit vivo legatario non venire, qualem diem habet mors heredis, aut cuius alterius extranei. *L.* 1. §. 1. *D. de cond. & dem.* Quod si ita legatum erit Titio, cum ipse morietur, purum erit legatum, ut Papinianus scripsit, nec conditione suspendetur, sed mora. *L. heres meus.* 78. *de cond. & dem.* non quod non æque sit incertum, quando legatarius moriturus sit; sed quod non possit hic dies non venire, & quidem vivente legatario ipso, cum hæc verba, cum morietur, hoc significent, non cum mortuus erit, sed cum [3] aget animam; quod nisi vivus adhuc facere non potest. Quod autem in ea caussa est, ut certum sit viventi debitum iri, non est sub conditione: cum conditio in incerto ponat, utrum res debeatur an non debeatur. *d. L.* 1. *de cond. & dem. L. cedere, de verb. sign.* Dicitur dies incertus conditionem facere; sed additur *in testamento*. Non sane quo in contractibus non dies quoque incertus conditionis vim habeat: traditur enim nihil interesse, utrum ita stipuler, si veneris, an cum veneris; si factum erit, an cum factum erit. *L. quodcumque*, 45. §. *non solum. de verb. obl. L. qui promisit, de cond. ind.* sed quod non omnis incertus eam vim habeat in contractibus. Is enim in his non habet, quem venturum esse certum est; adeo, ut illæ etiam obligationes pure habeantur, quæ sub conditione contractæ sunt, quæ conditio omnimodo exstitura est. *L. si pupillus.* §. 1. *de novat.* Id caussæ est, quod non uti in legatis, sic in obligationibus contrahendis quidquam refert vivone creditore conditio exsistat, an mortuo. Et si mortuo exstiterit, heredibus eius debebitur, ad quos spes conditionis transmittitur. §. *ex conditionali, Inst. de verb. obl.* Ita fit, ut si conditio exstitura est, non possit ex conditione pecunia promissa non deberi, cuiusmodi quod est, in diem esse diximus, non sub conditione. Interim hoc constat sive ex testamento, sive ex contractu res agatur, inter conditio-

2) Cujac. 18. *Obs.* 1. Dies incertus cum effectu ipso conditio fit, conditio vocatur *L.* 1. §. *ult. Ut leg. nom. cau. L.* 21. *pr. Quan. di. leg.* E contrario conditio appellatur dies incertus *L. talis* 30. §. 4. *de leg.* 1. Sed hoc interest: Omnis conditio est dies incertus. Non omnis dies incertus est conditio; sed ita, si possit non cedere. Si non possit non cedere, conditio non est: ut *Cum morietur Titius eidem lego.* Quia fieri non potest, ut non moriatur Titius.

3) Instans mortis adscribitur vitæ *L. quos duos* 18. §. 1. *de manum. testam. L. ultim. ibi: extremo vitæ momento, de condit. instit.* Quod & probant *L.* 9. *Cod. de hered. institut.* §. 15. *inst.* §. 13. *L. de inutil. stip.* Cujac. 3. *Obs.* 34.

tionem, & diem incertum nihil interesse. Cum in contractibus si quis dies incertus pro conditione non sit, ne conditio quidem eiusdem generis expressa pro conditione habeatur, ut verissime dictum sit, nihil referre, utrum ita leges, promittasve, si veneris, an cum veneris; si morieris, an cum morieris. *L. quodcumque. §. non solum. de verb. obl. L. qui promisit. de cond. ind.* Nam quod Paulus scribit in *L. centesimis. §. ult. de verb. oblig.* differre has stipulationes dabis, si volueris, & dabis, cum volueris, ad rem non pertinet. In eo enim differre ait, quod illa prorsus sit inutilis, hæc utilis. Illud non negat, quin utraque sit conditionalis stipulatio, cum ita dicat, non aliter quidquam deberi ex utraque stipulatione, quam si promissor constituerit se daturum, de quo nunc quæritur.

VIII. Est plane in conceptione, & expressione istarum adiectionum quod intersit, Titio si annorum quatuordecim factus erit, &, Titio, cum annorum quatuordecim factus erit: quod priore conditio exprimitur, per conditionem tempus demonstratur: sequente tempus exprimitur, per tempus significatur conditio; cæterum vi ipsa utrobique eadem conditio est: quod Pomponius scribit in *d. L. si Titio, quan. di. leg. ced.* Sic enim accipiendum est, quod dicitur inter hæc nihil interesse, ut scilicet hæc quoque oratio posterior pro conditione intelligatur. Vis tamen ex iure interdum diversa. Quoniam enim iure civili expressa nocent, quæ ius adiici non patitur, eadem non expressa non nocent; *L. nonnunquam. st. de ... tit.* fit, ut si exprimatur conditio, noceat. Si per tempus demonstretur, nihil noceat. Ut in illo genere quod modo ex Paulo retuli, hæc adiectio, si volueris, inutilem stipulationem facit; illa, cum volueris, non facit. Verum non ideo, inquam, quia hic eadem conditio non intelligatur: sed quia cum stipulatio in voluntatem promissoris conferri non possit, exprimitur conditio illis verbis, si volueris; his, cum volueris, significatur, non exprimitur.

IX. Et hæc quidem verborum vis, & significatio est. Quæ tamen hucusque sequenda est, nisi sicubi appareat, aliud sensisse testatorem. *L. non aliter. 69. de legat. 3.* Quod facere in quibusdam intelligitur, non modo ut dilatio in diem incertum, quæ videtur, dilatio tantum sit, non conditio; sed interdum etiam, ut ne pro dilatione quidem habeatur. Et quidem cum testator ita quid legavit, ut id pure daret, cæterum iuberet legatarium accipere, cum ad aliquot annos pervenisset; hoc modo, do lego Æliæ Severinæ filiæ, & Secundæ decem, quæ legati nomine accipere debebit, cum ad legitimam ætatem pervenerit: legatum sic acceptum est, ut non conditio legato inserta; sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videretur. *L. ex his. C. quan. di. leg. ced.* In hoc autem genere decem heres meus dato Titio, cum petierit, non sic legatum interpretamur, si petierit, quasi Titio non petente heredibus eius nihil debeatur: sed adiectio hanc vim habet potius, ut petenti sine ulla dilatione præstetur. *L. Titia. 84. de cond. & dem.* quod quoniam his verbis significatur, adiectio nec conditionem habet, nec dilationem. Contraria enim sunt pure quid dari velle, ac sine dilatione, & velle in tempus differri. Sic & in hac stipulatione accipitur, decem cum petiero, dabis? *L. si decem cum petiero. 48. de verb. obl.*

X. Quod cum constet in his duabus caussis responderi propter non obscuram voluntatem testatoris, quæ ex verbis colligitur: quid, hac detracta, in cæteris de die incerto iudicandum relinquatur, apparet. Et est sane definitio superior ad cognitionem conditionis diligenter notanda. Ut enim cætera non possimus, quibus verbis maxime conditio efficiatur, intelligere, in quo tam a plerisque laboratur: tamen illud nemo est, quin animadvertere possit, sitne legatum, vel obligatio in aliquod tempus dilata. Ea dilatio si incertum tempus habet, conditionem facit. Quod sit incertum tempus dictum est. Quibus verbis res differatur in tempus incertum, ne admonitione quidem magnopere indigere puto. Cum enim, si aperte differatur, oratio hæc futura sit, cum illud evenerit, cum illud factum non erit: quæ orationes eamdem dilationem habeant, aut demonstrent ex usu & ratione loquendi, nemo dubitabit, cui quidem ratio loquendi nota sit, quin hæ idem valeant, filiæ, cum nupserit, ubi nupserit, postquam nupserit; uxori quandocumque liberos susceperit, decem heres meus dato. *L. si ita scriptum. 45. §. ultim. de legat. 2. L. cum vir. 25. de cond. & dem.* illi quandiu res patroni filiæ gesserit. *L. pater, 100. §. ultim. de cond. & dem.* illi, dum, sive quoad cum filio meo moratus erit. *L. 8. de cond. & dem. L. Caio, §. 1. de al. leg.* In quibus hoc intelligitur, illi cum res geret, heres meus dato, & quandiu geret; illi, dum una cum filio meo morabitur. Sed quæ particulæ tempori serviant, ex Grammaticis notum est. Ratio

tio quoque sermonis docet, hanc orationem, ille redditis rationibus liber esto, in hanc resolvi, ille cum rationes reddiderit, liber esto. Quare utrobique eadem dilatio, & per dilationem eadem quoque conditio est. *L. qui libertatis, §. servus, de evict. L. Stichus, in princ.* & *§. 1. de statulib.* Quod consultus Scævola in hac specie probavit: Ille acceptis centum nummis restituito hereditatem Titiæ cohoeredi suæ. Cum enim Titia prius decessisset, quam centum daret, & quæreretur, an heres Titiæ, offerendo centum partem hereditatis consequi posset; respondit heredem conditioni parere non posse. *L. a testatore, 108. de cond.* & *dem.* In eo quidem de iure aperto statuens, quo iure constitutum est, legata conditionalia nondum impleta conditione ad heredem legatarii non transmitti: sed tamen tacite hoc significans, de quo quærebatur, in proposito conditionem inesse. Quæ si nulla esset, nihil est, cur quisquam hoc responsum hominis sani, nedum Iurisconsulti, & Scævolæ esse existimet. Et quod Saturninus ibidem notans ita scribit, *magno ingenio de iure aperto Scævola respondit, cum posset dubitari an in proposito conditio esset*: utrum irridentis dictum sit, an potius laudantis responsum Scævolæ, quæri scio. 4 Ironice certe dictum videtur. Neque enim, si verum amamus, ulla laus est ingenii, si quis de iure aperto respondeat. Illud autem non modo non ingenii, sed ne sani quidem, cum de facto interrogere, si de iure respondeas. Cuius rei Scævolam hoc dicto Claudius Saturninus insimulat. Sed sive laudat Claudius Scævolam, hoc confirmat quod dicimus: sive irridet, non recte irridet, cum constet, hunc esse morem Scævolæ, ut ex responso iuris intelligi velit id in facto esse, de cuius iure respondet. Ut qui heredes conditioni parere non posse ait, is haud dubie eos conditione in proposito impediri significet. Quod cum ex innumeris aliis eius responsis probari potest, tum vero maxime ex eo, quod est in *L. Lucius, 95. §. collegio, de legat. 3.* De qua re plura scripsi ad *L. qui Romæ; 72. §. Agerius, de verb. obl.*

XI. Quod dixi de demonstratione ex futuro tempore sumpta, huiusmodi est. Qui rem aliquam legat, & demonstrandi caussa hoc addit, quæ talis erit postea: veluti Stichum, qui meus erit, cum moriar: hoc dicere intelligitur, si talis erit, si Stichus meus erit, cum moriar, do lego; ut nisi in ea caussa sit tempore mortis, legatum non debeatur. *L. 6. de leg. 1. L. nuper. 85. de leg. 3.* Hanc adiectionem, *qui meus erit, cum moriar*, demonstrationem voco, quod designandæ rei gratia, quam testator legatam vult, adhibetur: sed ex futuro sumptam, ut est, quo iam minus proprie demonstratio dicitur; cum si vere demonstratio esset, qualis est, quæ in præsentem aliquam rem confertur, etsi falsa esset, legatum deberetur, ut supra suo loco diximus. Igitur pro conditione est hæc oratio; quia si frustra adiecta non est a testatore, ut non esse credendum est: necesse est aut demonstrandi caussa posita sit, aut legati conditione suspendendi; hac conditione, inquam, si modo res talis erit: si Stichus meus erit, cum moriar. 5 Non est demonstrandi caussa; (sic enim ratiocinatur Ulpianus in *d. L. 6. de leg. 1.*) quoniam si hac gratia poneretur, ita concepta esset, Stichum, qui meus est, non, qui meus erit. Ex quo intelligi vult, conditionem esse, non demonstrationem. In quo Labeonem reprehendit, qui hunc sermonem quamvis in futurum collatum, pro conditione accipiendum putabat, ut Pomponius refert in *d. L. nuper. 85. de leg. 3.* Et recte reprehendit. Est enim demonstratio oratio designandæ rei caussa adhibita: & demonstrare, rem, de qua sermo est, certam facere verbis, & qualis sit ostendere. Id vero rebus, & notis præsentibus efficitur. Nemo autem ex futuro tempore rem designat, cum qualis eo tempore futura

4) Sed non puto, Scævolam a Claudio ironice irrideri. Nam id & indignum, ac alienum a ICto; & debuisset a Triboniano hæc, si esset, reprehensio omitti. Laudat igitur in eo Scævolam Claudius, quod cum videri posset species proposita iuris ambigui, magno, id est fidenti ingenio eam ex iure certo deciderit.

5) Sed immo puto huiusmodi orationi utrumque inesse & conditionem, & demonstrationem per *L. 34. §. ultim. de auro & argen. leg.* ut notavi *supr. C. 19. N. 7. cir. fin.* Labeonem vero in *d. L. 85.* reprehendi, vel quod negaverit etiam conditionem inesse, ut subaudiatur vocula *tantum*, vel, quod verius videtur, quod ius regulare demonstrationis hoc accommodaverit, quo demonstratio falsa vitiatur, & pro non adiecta est. Sane exacte rem perpiculanti apparet, nonnullum discrimen inter hæc, *Stichum si meus erit*, & *Qui meus erit*. Illic sola inest conditio, & designatur res præsens, quæ ita legatur, si permanserit. *L. 33. §. 3. h. t.* Non enim quisquis servus postea Stichi nomine insignitus, intelligitur, sed is, quem, cum legaret, testator nomine *Stichi* habuit. Unde alienatione illius voluntaria exstinguitur legatum, & nec redemptione eiusdem Stichi convalescit *L. 15. de adim. leg.* multo minus alterius servi comparatione, cui idem Stichi nomen indatur, tametsi in locum prioris subrogetur, argumento *L. 26. §. ultim. de pignor.* At in hac adiectione, *Qui meus erit*, nostro hic docente, aliud. Nimirum quia non sola inest conditio, sed & demonstratio: non quidem, qua res præsens designetur. Est enim tempore testamenti Stichus, seu res legata quodammodo indefinita: sed tempore mortis, cum evenit conditio, facit demonstrationem; cum ante eam, & conditionis eventum, nihil fit, quod demonstrari possit.

tura sit, æque nunc ignoretur. Igitur demonstrationem docendi caussa abusive appellavi, quia ex adiuncto quid diceremus, facile intelligeretur, cum ita dixi, demonstrationem ex futuro sumptam. Quid si illa etiam probabilior ratio est? quod qui ita dicit, Stichum qui meus erit, cum moriar, non certum demonstrat, sed illum quisquis futurus est, qui meus erit, cum moriar. Quod quidem verba demonstrant, & Paulus in hac specie comprobavit. Nam cum ita legatum esset, Titia uxor mea optato Philargyrum puerum, & Agatheam ancillam, qui mei erunt, cum moriar, si testator Agatheam, quam testamenti tempore habebat, vendidisset, & postea ancillas emisset, ex quibus uni Agatheæ nomen imposuisset: respondit Paulus & hanc legatam videri. *L. filiæ*. 28. *§. ultim. D. de cond. & dem.* Significans, non illam, quam testator habuit, ipsum legavisse, sed incertam: illam nimirum, quæcumque esset, quæ illius esset, cum moreretur. Nam si certam demonstrasset, dici nihil potuit, quin, ea alienata, legati conditio defecisset, quanvis aliam emisset, testator eodem nomine. Non enim hæc illa est, quæ legata esset. Quod si verum est, sequitur, ut si testator cum moritur, Stichum nullum habuerit, nihil legatum intelligatur. Quod rursum si ita est, hac plane conditione legatum esse Stichum relinquetur, si testatoris erit, cum morietur: quippe qui nec legatus sit, si eo tempore testatoris non fuerit. Hæc ratio ut magis in hac re probetur, affero, quod Pomponius de hoc verbo, *meum*, in conditione facienda scribit in *d. L. nuper.* 85. *de leg.* 3. quod nisi ex eadem ratione effici non posse videtur. Scribit enim tradi illam distinctionem, ut quoties certum corpus legatur, adiectum hoc verbum, *meum*, non faciat conditionem. Si vero incertum legetur, veluti ita, vina mea, & vestem meam, videatur pro conditione hoc verbum, *mea*, esse; ut ea demum, quæ illius sunt, videantur legata. Cur quæso hic pro conditione? quia qui vina sua dixit, nulla demonstravit nisi sua. Quæ si nulla habet, nihil legatum est. Quod dixi etiam certius fiet, si quis has formulas animo subiecerit, quisquis mihi ex suprascriptis heres erit, idem filio meo impuberi heres esto: uter ex fratribus meis consobrinam nostram uxorem duxerit, heres esto. In quibus conditionem inesse constat: scilicet quia incertus demonstratur, & is, qui futurus heres, & qui ducturus est consobrinam, non alius. *L. qui liberis. in princ. de vulg. L. uter. de cond. inst.* At & in verbo *quisquis* intelligitur, omnis qui ex suprascriptis; sive suprascripti, qui heredes mihi erunt; & in *uter*, intelligitur qui ex duobus, sive frater is, qui consobrinam duxerit.

XII. Sed sive hæc, sive illa altera, quam dixi, ratio est; hoc quidem convenit, genus hoc demonstrationis, quæ in futurum collata sit, pro conditione esse; quæcumque orationes eam demonstrationem habuerint. Cui refragari videbitur prima fronte, quod Ulpianus in *L.* 2. *de her. inst.* scribit de hoc genere institutionis, ille heres esto ex partibus, quas adscripsero. Ait enim eum, qui ita institutus sit, & nullis partibus adscriptis heredem futurum. Quod quidem dicturus fuisse non videtur, si in hac adiectione, ex partibus, quas adscripsero, conditionem esse intelligeret, si modo adscripsero. Nam hac conditione heres institutus, si conditio non exstiterit, non est, cur videatur heres esse potuisse. Sed hoc ne quis recte colligi existimaret, quia in proposita specie nullis partibus adscriptis, is, qui est institutus, nihilominus heres futurus est; ideo in his verbis, *ex partibus, quas adscripsero*, conditionem non inesse: ipse nominatim Ulpianus in eodem loco adiunxit, etsi qui instituti essent nominatim hac conditione si partes adscripsero: tamen nullis adscriptis heredes futuros. Ergo conditione non exsistente heredes erunt, qui sub conditione instituti fuerant? Minime: sed, ut ipse ibidem subiicit, hanc obiectionem tacite removens, si partes adscriptæ non sint, heredes erunt ex æquis, quasi duplici facta institutione. Quorum verborum hic est sensus: suprascriptam institutionem sic accipi debere, quasi testator instituisset heredes in hereditate quidem pure; quod autem ad partes attineret hereditatis, instituisse ex diversis partibus hac conditione, si postea partes adscripsisset. Quo efficitur, non ut si partes adscriptæ non sint, heredes non fiant, qui instituti sunt; sed ut non sint ex ullis partibus; quia in his [6] conditione defi-

6) Vid. *supr. Lib.* 6. *C.* 21. *N.* 10. & notat Matth. Gribald. *ad L.* 6. *de leg.* 1. relata vulgari solutione, quod si antecedens, quod per relativum, *quis*, *qui* &c. redditur conditionale, versetur circa substantiam dispositionis, defectus conditionis dispositionem deficere faciat: Sin circa accidentia, quod tum defectus conditionis accidentia quidem vitiet, sed non substantiam dispositionis, ut in *d. L.* 2. ubi non institutio ipsa, sed partium distributio sit conditionalis. Et reiecta exinde, quod immo relativum, *qui* &c. faciat conditionale non antecedens tantum, sed totam orationem, sic ad *d. L.* 2. respondet: Duas esse provisiones: Hominis & Legis. Quoties quis a pro-

deficiuntur. Quid ergo nullo modo heredes erunt? Imo erunt ex æquis: quia ita ius est, ut si plures instituti sint sine partibus, intelligantur instituti ex æquis. *L. quoties*. 9. §. *heredes*. *L. ex facto*. 35. *ibi, ita igitur*. *de her. inst.*

XIII. Et his quidem modis conditio verbis demonstratur. Est, eum verbis testatoris purum legatum, ex eiusdem sententia, & voluntate conditionem accipiat. Id autem fit tribus modis. Nam alias posterioris legati conditio priori legato iniecta; alias contra prioris legati conditio in posteriore repetita intelligitur. Est etiam nonnunquam, ubi unum dumtaxat legatum scriptum est, idque purum: tamen conditio pro affectu testatoris suppletur.

XIV. Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, sub conditione datum videtur. Quippe quod sub conditione ademptum est, sub contraria conditione datum intelligitur, *L. aliquando*. 107. *D. de cond. & dem. E. si legatum, de adi. leg.* ut illud e converso quoque valet, ut qui sub conditione legavit, idem sub contraria conditione ademisse videatur. Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato, si dixit testator: perinde est, ac si ita dixisset, nisi mater mea moritur, ne dato. *L. quibus*. 40. §. 2. *de cond. & dem.*

XV. Quod secundi generis est, ut prioris legati conditio in posteriore repetita intelligatur; receptum est in legati translatione. In quo ita veteres definiunt: Legatum sub conditione relictum, & ad alium translatum, si non conditio personæ cohæreat, sub eadem conditione translatum videri. *L. legatum*. 95. *D. de cond. & dem. L. legatum sub*. 24. *de adi. leg.* Id translatio legati facile arguit. Non enim hic novum legatum datur, sed quod prius fuit, transfertur. Id autem erat conditionale. Translationis verba hæc sunt: quod Titio legavi, id Seio do lego. *L. sicut*. 5. *de ad. leg.* Si non conditio personæ cohæreat: veluti, si quis uxori legaverit susceptis liberis; pictori, si pinxerit; fabro, si domum exstruxerit. In quibus perspicuum est, mutata persona, conditionem repetitam non esse, ad quam prior persona necessaria fuerit. *d. L. legatum sub. de adi. leg.* Si tamen sub conditione herede instituto, substituamus, scriptum a Caio est in *L. sub conditione*. 73. *de her. inst.* nisi eamdem conditionem repetemus, pure nos eum heredem substituere intelligi. An non igitur hoc priori definitioni contrarium esse putemus? Minime: nam ne in 7) legato quidem aliud probandum videtur, si quis priori legatario alium substituat, ut facere licet. *L. ut heredibus*. 50. *de legat*. 2. cum & utrobique eiusdem generis substitutio sit, & quod de heredum substitutione dicitur, idem in legato eodem modo relicto recipiendum esse scriptum legamus in *L. Titius*. 24. *& seqq. de her. inst.* At enim & in substitutione hereditas ab institutis transfertur ad substitutos. Hoc an recte dicatur, alii viderint. Ego quidem non arbitror: cum id transferri dicatur, quod uni ademptum, ad alium traducitur; in substitutione autem non institutis hereditas adimatur, qui si velint, & possint, heredes futuri sunt: sed his deficientibus, substituti vocantur. Neque quisquam translationem legati nisi in ademptione nominat. *Inst. de adem. leg.* Substitutionem denique nemo translationem vocat. Sed sive hoc recte dicatur, sive secus, ad rem nihil nunc referre puto. Hoc dico, plurimum interesse, utrum res ex substitutione transferatur ad aliquem, an ex prioris ademptione, de quo nunc agitur. Si substitutio est, ideo non eadem conditio repetita in substitutionem intelligitur, quæ in legato adiecta fuerat; quia cum utrique datum sit & priori pure, & posteriori sub conditione si prior ille ad legatum non pervenerit: aliud atque aliud legatum diversis datum intelligitur. Quod in heredum institutionibus, & substitutionibus magis cernitur, in quibus nemo ambigit, quin alia

a provisione legis recedit, sibi aliquid proponens, siquidem id perfecerit, valet: Sin minus, ad provisionem legis pœnitentia prioris consilii, quæ ad mortem usque licita, reversus creditur, uti hic in *d. L.* 2 accidit in partium distributione, quæ si omittatur a testatore, fit a lege, partes æquales tribuente. Et sic accipi verba: *quasi duplici facta institutione* scilicet una humana, altera legali. Contra si quis sibi aliquem actum proponat, nec expedierit, nec quidquam Lex in contrarium casum caverit, dispositio in actu contrario non subsistit. Ex. gr. *Filia, quam exheredabo* 100. *lego*. Non enim uti Lex disponit partibus non adscriptis æquales fieri; ita filiæ non exheredatæ legatum deberi. Sic in *d. L.* 6. *de leg.* 3. in casu contrario, quo Stichus suus non est tempore mortis, nihil cautum reperitur, neque ab homine, neque a lege; quocirca dispositio vitiatur. Ita Gribaldus.

7) *L. un.* §. *sin autem* 7. *in fin. C. de Caduc. toll.* vid. Duaren. *ad Tit. D. de Vulg. C.* 1. *fol.* 373. Ratio autem cur conditio in substituto non repetita traditur. *C. praeced.* Quæ petita ex voluntate defuncti melior, quam illa Nicol. Vallæ *de Reb. dub. Tr.* 14. *n* 7. quia eum substitutus habeat suam, & propriam conditionem, cum alia adiecta onerari non conveniat. Idem tamen Valla a substituto legatarii conditionem repetitam censet per *L. un.* §. 4. *C. de Cad. toll.* Ex quo hoc inferri nequit. Nam illic gravamen conditionis implendæ iniungitur eis, quibus lucrum per eum ordinem defertur, legato scilicet caduco. In quibus non est substitutus legatarii, sed immo in vers. *nisi et in hunc casum* ab iis excipitur. Nec enim tantum substituto locus, si legatum primus legatarius capere *non possit*, sed etiam, *si nolit*.

alia sit heredum institutio, alia substitutorum. *L.* 1. *de vulg.* At cum legati translatio est ex prioris ademptione: hic non aliud legatum est in posterioris persona, sed idem illud prius, quod transfertur in posteriorem. Nimirum ergo cum sua qualitate transferetur: proinde & cum sua conditione. Nam hac qualitate relictum fuerat.

XVI. Recepta eadem conditionis repetitio & in eo herede, cui eidem aliquid legatum est. Nam si herede ex parte sub conditione instituto, hoc amplius aliquid ei simpliciter legatum sit, placet, in legato eamdem conditionem repetitam videri, quod multis, nec dubiis locis testatum est, ut *L. avia.* 76. *L. duos.* 70. *D. de cond. & dem. L. cum servus. D. de cond. inst. L. ult. §. ult. D. de dol. mal. exc.* Nec tantum in herede prius sub conditione instituto hæc sententia recepta est: sed generaliter in omni eo, cui quid prius relictum est testamento sub conditione. Huic si quid postea legetur verbis pure, eadem conditione datum videbitur: ut responsum est de eo, cui libertas sub conditione data est, cui eidem legatum est pure; quem conditione libertatis deficiente placet neque libertatem, neque legatum consequi. *L. qui filio.* 38. *§. si quis. illic, igitur cum servus. D. de her. inst.* Id hac ratione probatum videtur in voluntate testatoris, vel quod uni eidemque legando consentaneum est, testatorem eodem modo in utroque legato erga legatarium affectum fuisse; vel quod qui ei legat, cui iam ante aliquid dederat, videtur eo amplius, quam dederat, posterius hoc legasse, sive verbum hoc amplius exprimat, sive non exprimat. Illa quidem adiectione, *hoc amplius*, superiora repeti, etiam quæ ad diem, & conditionem pertinent, traditum in *L. si pure.* 54. *D. de leg.* 3. congruit *L. libertis.* 108. *D. de cond. & dem.* Ut autem his verbis testator non utatur: tamen hoc in repetito legato solet adiicere, ut dicat, *item*, sive *præterea* eidem Titio fundum do lego. Iam vero & de his verbis idem traditum legimus in *L. in repetundis.* 63. *D. de leg.* 3. ubi hæc Iuliani verba sunt: *In repetendis legatis hæc verba, quæ adiici solent, item dare damnas esto: & ad conditiones, & ad dies legatorum easdem repetendas referri Sabinus respondit.* Quinimmo ut hæc verba in posteriore relicto non exprimantur, [8] intelligun-tur tamen; idemque iuris etiam tunc esse placet. *d. L. duos.* 70. *de cond. & dem. d. L. cum servus, de cond. inst.*

XVII. Quod tamen dictum est, si quid sub conditione relictum sit primo: post deinde aliud pure, conditionem in sequenti legato repetitam videri: sic accipiemus, si modo utiliter conditio adiecta fuerit, aut constiterit institutio, legatumve, cui conditio adscripta est, ut aliqua saltem conditio fuisse intelligatur. Si contra fiet, tum quasi nulla conditio ab initio fuerit, sic nec in sequenti repetita videbitur. Conditionis inutiliter adiectæ exemplum hoc esto. Servo testator libertatem ita dedit, ille si meus erit, liber esto. Legatum vel hereditatem sine conditione ei dedit. Deinde eum alienavit. Marcellus respondit, deberi domino eius legatum, vel hereditatem. Hoc ille in *L. servo.* 47. *D. de cond. & dem.* de rebus tamen eiusmodi, quæ non deberentur, si eadem conditione hæ datæ essent. Servo enim alienato, conditio defecisset. Cur ergo in his posterioribus non repetitur prioris relicti conditio? quia nec ea conditio libertati utiliter adiecta est, ut postea significat, & mox dicemus. Prioris relicti non consistentis esto hoc exemplum. Quidam heredem instituit, quandocumque mater eius decessisset: deinde secundum heredem instituit, & ab eo legata ei, qui sub conditione scriptus erat, reliquit. Institutus heres viva matre decesserat, postquam dies legati cesserat, id est, mortuo testatore. Scribit Iulianus, verius esse legatum deberi eius heredi. *L. ab omnibus.* 104. *§. pen. D. de leg.* 1. Ex quo intelligitur, hoc sentire Iulianum, conditionem in proposito legato non inesse; quæ si inesset, & pendente ea legatarius decederet, ad heredem eius legatum non transferretur. *L. intercidit.* 59. *D. de cond. & dem. L.* 5. *quan. di. leg. ced.* Quam ergo huius responsi rationem afferre possumus, ut ne hic institutionis conditio, ut in cæteris repetita intelligatur? Hæc vero ratio est, quod in cæteris institutionibus gradum valere intelligimus, quo & conditio adscripta est. Id ex eo intelligitur, quod & inde legatum eidem relictum est; quod nullum esset, nisi alii essent heredes una instituti. Hic institutionis gradus nullus est, utpote ex quo hereditas ab eo adiri non potuit, qui ante quam conditio exsisteret, decessit. Quid igitur superest, nisi ut eo gradu inutili consti-tuto,

8) Dissentit Valla *d. Tr.* 14. *n.* 9. *&* 10. in separatis, & distinctis orationis clausulis, nec diem, nec conditionem, aut qualitatem, uni vel personæ, vel rei adiectam, videri in altera repetitam statuens, & firmans. Qui videri potest.

tuto, teſtamentum a ſecundo gradu inciplat? *L. 3. §. ult. D. de lib. & poſt.* Quo efficitur, nihil, quod eo gradu ſcriptum ſit, valere, eoque nec conditionem, quæ inſtitutionis pars fuit. Quod ſi hic conditio nulla eſt, non eſt, cur exiſtimari poſſit repetita, quæ non eſt. Idque maxime vel ex ſenſu teſtatoris, qui hac conditione legatum relinquebat a ſubſtituto, ſi inſtitutus non adiiſſet, id eſt, ſi nulla foret inſtitutio. Sed etſi teſtator inutilem fecit libertatis hereditatiſve dationem, quæ ſub conditione data erit, eveniet, ut legatum, quod eidem ſervo pure datum erat, etiam ſine libertatis conditione debeatur; quaſi eadem opera & conditionem una cum libertate ſuſtulerit. Quæ ſi in primo nulla eſt teſtatoris voluntate, ne in legato quidem ex eius ſententia ulla fuerit. Hoc Iulianus idem reſpondit in eo ſervo, cui ſub conditione libertas data eſt, & legatum præſenti die relictum; quem ait ſi vivo teſtatore manumiſſus, aut alienatus ſit, legatum omnimodo aut ipſum manumiſſum, aut domum eius conſecuturum *L. qui filio. 38. §. penult. de hered. inſt.* Quippe ut alienatione ſervi inutilis datio libertatis effecta eſt, qui niſi ſuo ſervo libertatem relinquere non potuit. *§. ultim. Inſtit. de ſing. reb. per fideicommiſſ. rel.* Sic effecta eſt inutilis eius manumiſſione, quia iam liber factus, amplius ex teſtamento libertatem conſequi non potuit. Sed in his generibus legatorum voluntas teſtatoris conditionem legato adiectam volentis, ex præcedentibus, aut ſequentibus in quibus talis conditio eſt, deprehenditur.

XVIII. Supereſt tertium, quod dixi eſſe eiuſmodi, ut quanvis nulla alia proponantur relicta conditionalia, unde conditionis repetitio in aliis legatis colligatur: tamen in relicto exiſtimetur ineſſe [9] conditio ſolum ex affectu teſtatoris. Id tale eſt. Nam cum pater filio inſtituto ita ab eo fideicommiſſum dediſſet, ut hereditatem eum cum morietur, reſtituere iuberet: fideicommiſſum a Papiniano coniectura pietatis ſic acceptum eſt, ſi moreretur [10] nullis relictis liberis; his relictis, conditionem fideicommiſſi reſpondit defeciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inveniretur. *L. cum avus. 102. D. de cond. & demonſtr.* Cui reſpnnſo auctoritas maior poſtea ex conſtitutionibus acceſſit. Exſtant duæ conſtitutiones Iuſtiniani, quibus hoc reſponſum nominatim confirmavit, non ſine honorifica Papiniani mentione. Idemque ex profeſſo auxit Interpretatione: coniecturam pietatis, quam Papinianus nominat, adiuvans, & ratione confirmans. Ratio autem hæc eſt, quia, inquit, non eſt credendum, teſtatorem alienas ſucceſſiones propriis antepoſuiſſe. Ea pietas eſt, & caritas parentis in liberos. Conſtitutiones hæ ſunt, *L. generaliter, §. ultim. C. de inſt. & ſubſt. L. cum acutiſſimi. C. de fideic.* Hoc etiam verius coniecisse Papinianum intelliget, si quis mecum hoc, quod in fideicommiſſo eſt, conſiderabit. Rogavit enim pater filium, ut reſtitueret hereditatem. At quando? poſt mortem ſuam, ſi intra triceſimum annum deceſſiſſet. Unde intelligitur, voluiſſe patrem quamdiu filius viveret, hereditatem ab eo non diſcedere. Ad quos igitur eo mortuo eam potius redire voluit, quam ad patris filios? Pietas non patitur, ut ad alios potius redire eam voluiſſe exiſtimemus; ſive quod iidem filii

9) Gomez. 1. *Var. Reſolut.* 5. *n.* 32. *& ſeq.* huius tacitæ conditionis tres eſſe rationes: quæ tamen in unam veram conveniunt. (1) Credibile eſt, quod ſi de liberis filio naſcituris cogitaſſet, non gravaturus fuiſſet, *d. L.* 102. *in fin.* (2) Ne videantur alienæ ſucceſſiones propriis prælatæ *d. L.* 30. (quæ ratio eſt rationis præcedentis.) 3) Quando teſtator, vel Lex veroſimiliter aliquid diſpoſuiſſet, ſi de eo cogitaret, id habetur pro expreſſo *L.* 17. *§. ultim. de pact. L.* 3. *C. de inoff. L.* 8. *C. de revocan. donat.* (Hæc ratio pars eſt primæ) Ibidem extendit hoc ius Gomez. ſive extraneo debeat fieri reſtitutio, ſive uni ex liberis teſtatoris, ut in ſpecie *d. L.* 102. & licet qui remotioris gradus propiori ſubſtituti; item licet filii concepti ſint poſt mortem teſtantis, item etſi pia cauſſa ſubſtituta.

10) Quid ſi heres extraneus ſic gravatus, ut poſt mortem reſtituat, an tacita hæc conditio ineſt? Negat Gomez. *d. loc. n.* 35. quia & LL. deſtituimur, & rationes ſuperiores ceſſent. Quid ſi gravatum liberos habere ſcivit teſtator? Sunt qui & hic tacitam illam conditionem admittant. Sed adverſa iis opinio in puncto iuris verior, & fortior. videtur, Gomez. *d. loc. n.* 36. (1) quia ratio illa deficit, coniecturæ voluntatis, quod non cenſeatur gravaturus ſi ſciſſet. (2) quia & miles ſcienter filium præteriens exheredaſſe creditur. (3) alias vocaretur ſubſtitutus a teſtatore ſub conditione: Si filii gravati omnes deceſſerint. (4) Actus diiudicandi ſecundum tempus præſens. Ergo ſimpliciter gravans habentem liberos ut poſt mortem reſtituat, voluit, ut ſi ſtatim contingeret mors, ſubſtitutus bona caperet. Et ita etiam Ang. Matthæac. 3. *Epit. Legat. C.* 13. *n.* 15. De conditione *ſi ſine liberis* expreſſa vel tacita, eiuſque interpretatione, ac innumeris quæſtionibus late Peregrin. *de Fideicommiſ. Art.* 28 Simon de Prætis *de Interpret. ultim. volunt. Lib.* 3. *Interp.* 3 *Dubit.* 2. *ſolut.* 2. *&* 3. *& dubit.* 3. *ſolut.* 2. Alex. Trentacinq. *de Subſtit. P.* 4. *C.* 7. *& C.* 12. *n.* 20. *& ſeqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 20. *& ſeqq. uſque ad n.* 40. Gomez. 1. *Var. Reſol.* 9. Cuiac. *Conſult.* 15. 19. 20. 22. 50. 51. 53. Fachin. 4. *Contr.* 52. *& ſeqq.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tract.* 14. *n.* 2. *&* 3. Chiflet. *Lib.* 2. *de Iure Fideicomm. C.* 13. *& ſeqq.* Matthæac. 3. *Epit. Legat. C.* 13. *& ſeqq. &c.* De multum agitata, ac vexata quæſtione an poſiti in hac conditione ſint in diſpoſitione, ſeu an ex teſtamento veniant, vid. Don. noſter *ad L.* 1. *C. de pact. n.* 9. *& ſeq.* Duar. *de cond. inſt. C.* 9. *f.* 418. P. Greg. *d. C.* 28. *n.* 29. *& ſeqq.* Simon. de Præt. *Dub.* 2. *ſolut.* 2. Trentacinq. *d. C.* 11. *n.* 20. *& ſeqq.* Hotom. *Ill. Q.* 13. Forcat. *Dial.* 50. *& ſeq.* Cuiac. *Conſult.* 30. *&* 35. Fachin. *d. C.* 52. Forſt. 4. *de Succeſſ.* 1. *n.* 19. *& ſeq.* Matthæac. *d. Lib.* 3. *C.* 18. *n.* 11. *& ſeqq. & C.* 19. Chiflet. *d. Lib.* 2. *C.* 14. Teſſaur. *Deciſ.* 96. A. Fab. 26. *de Err. Pragm.* 9. *& ſeqq.* 28. *de Error.* 8. 9. *&* 10. *&* 29. *Err.* 1. & paſſim.

filii eius sunt, nec consentaneum est, si filium amavit, eius liberos, suos nepotes non eodem amore complexurum: præsertim cum natura nos doceat amorem parentum in liberos increscere tempore, non minui; sive quod ne filium quidem amasse videtur, si liberis eius eodem modo consultum esse noluit: cum pro affectu pater potius liberis, quam sibi tributum velit. *L. isti, 8. in fi. D. quod met. caus.*

C A P. XXXII.

Quæ *Conditiones* iure pro conditionibus non habeantur, nec reddant legata conditionalia. Et an omnes recte adscriptæ sint implendæ, & quatenus.

Conditionum, quæ pro conditionibus non habentur genera duo; & quæ sint. I.
Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, idest quæ tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia. Cur id utile cognitu. Huius generis duæ sunt; & quænam. II.
Cur conditiones, quæ tacite insunt, non faciunt legata conditionalia. III.
Quid si exprimantur. IV.
Conditionum, quæ iure improbentur, tres species. Quæ sint. V.
Conditio impossibilis sive institutionibus adiiciatur, sive legatis, pro non adiecta habetur. VI.
Exceptio. VII.
Impossibilis conditio est, cui natura impedimento est, quo minus existat, ita ut a nullo possit impleri. Secus si possit ab aliis, licet nequeat ab herede, vel legatario impedito vel inopia, *vel* iure, *vel ordine a testatore constituto.* VIII. IX.
Item hæ omnes conditiones pro non adiectis habentur in testamentis, quæ iuri, & bonis moribus *sunt contrariæ.* X.
Quæ legibus adversantur legato non nocent, & si illud testator alii restitui velit, nisi eiusmodi conditioni pareatur. XI.
Quæ nam contra bonos mores esse dicantur. In his duæ obscuriores; & quæ sint. XII.
Conditio si non nupserit, *legibus remissa.* XIII.
Quatenus. XIV.
Quid si ad tempus testator vetet nubere. XV.
Quid si vir uxori legaverit hac conditione si non nupserit, quandiu liberi, quos reliquit, impuberes erunt. XVI.
Interdum iniungi videri viduitatem etiam ex hac conditione si mulier Titio nupserit. *Accidere duobus modis. Explicantur.* XVII.
Quid si alii legatum sit hac conditione si mulier, *cui nihil legabatur*, non nupserit. XVIII.
Quid si mulieri hac eadem conditione servus legatus, isque, si ea nupserit, liber esse iussus sit. XIX.
Quatenus superiori iuri in viduis derogarit Iustinianus. XX.
Conditio iurisiurandi *quæ sit; & quatenus edicto prætoris remissa.* XXI.
An illud ad omne iurisiurandi conditionem pertineat. XXII. XXIII.
Conditiones derisoriæ *quæ. Quando pro non scriptis habeantur.* XXIV.
His remotis, reliquæ omnes adimplendæ, si minus in totum, at quatenus possunt pro ut testator sensisse videbitur. Si plures adscriptæ: si quidem coniunctim, *omnes; si* separatim, *unam si* diversis locis, *novissimam impleri sufficit.* XXV.
Si conditio iam vivo testatore tempore testamenti sit impleta, ac is sciat, iterum expectanda, modo iterum fieri possit; si ignoret, satisfactum est. XXVI.
Quæ secundum verba exacte nequit, impleri tamen debet quatenus potest. Et si nullo modo possit, implenda tamen ad mentem testatoris pro ut is sensisse videbitur. XXVII.

I. Conditione Inventa, sequebatur vis eius, de qua cognosceremus; si quidem omnes conditiones iure pro conditionibus haberentur. Quod si non habentur omnes, naturæ ordo postulat, ut prius, quænam hæ sint, cognoscamus. Non omnis vero conditio, quæ legato inest, etiam quæ conditionis forma vere in futurum concepta sit, in ea caussa est, ut iure pro conditione habeatur. Quæ non habentur, earum duo sunt genera. Unum earum, quæ tacite insunt: Alterum earum,

quæ

quæ ex testamento venientes, iure improbatæ pro non adiectis habentur. De his, quæ tacite insunt, sic Papiniani definitio est in *L. Conditiones. 99. D. de cond. & dem.*

II. Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, idest, quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. Conditiones ex testamento venientes vocat, quæ ex voluntate testatoris sola veniunt: sive quæ ideo intelliguntur in legato, quia testator adiectas esse voluit, ac nisi vellet, in legato extrinsecus futuræ non essent. Extrinsecus & aliunde venientes eas, quas tacite inesse dicit. Huius generis sunt, ut supra ostendimus, quæ insunt aut natura rei legatæ, aut iuris potestate. Natura rei, ut si legentur fructus fundi, partus ancillæ, in quibus inest hæc conditio, si nascentur. *L. 1. in fin. de cond. & dem.* Iuris potestate conditio hæc, si hereditas adita fuerit. Hoc enim ius facit, ut non debeantur legata, nisi ex quo adita est hereditas. [1] *L. omnia. 32. D. de legat. 2. L. servum. 44. §. 1. L. si tibi homo. 86. §. cum servus. D. de legat. 1.* Huiusmodi conditiones, inquam, non reddunt legata conditionalia. Non quod aut fructus peti possint ante, quam nati sint; aut reliqua omnia ante, quam adita fuerit hereditas, sed quod dilatio hæc omnis, quæ superioribus conditionibus iniicitur, similis est diei dilationi, quæ facit, ut prius, quam dies venerit, res peti non possit: at nihilominus ante debeatur. Utile cognitu ad eam rem, ut sciamus, quanvis legatarius nondum præceptis fructibus, aut nondum adita hereditate decesserit, non ideo legatum, intercidere; sed, ut accidit in his, quorum iam dies cessit, ita legatum transferri ad eius heredes. Quod contra futurum erat, si legatum fuisset conditionale. *L. 5. D. quan. di. leg. ced. L. intercidit. 59. D. de cond. & dem.* Id vero Ulpianus sic explicat in *L. heredis. 7. D. quan. di. leg. ced.* heredis aditio, inquit, moram quidem legati petitioni facit: cessioni diei non facit. Proinde sive pure institutus tardius adeat; sive sub conditione per conditionem impediatur: legatarius securus est.

III. Cur ergo si hæ conditiones non sunt, conditiones vocantur? aut si sunt conditiones, & legato insunt, qui licet dicere eas non facere legata conditionalia? hoc enim perinde esse videtur, ac si quis dicat, cum in legato conditio insit, conditionem tamen non inesse. Res sic habet. Iure hæ conditiones sunt, ut, quibus deficientibus, nihil debeatur. Voluntate testatoris conditiones non sunt. Quam si quærimus, non alia esse reperietur, quam, ut herede instituto, statim post mortem suam adeatur hereditas, ne qua mora ipsius voluntati, & iis, quibus quid statim præstitum voluit, adferatur. Non esse etiam ex voluntate, liquet ex eo, quod etiam si eas testator detractas velit, non queant non inesse. Iam vero voluntas testatoris est potior. Ea in testamentis totum facit. *L. ex facto. §. rerum, D. de hered. inst.* Denique in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. Ut Ulpiani definitio est in *L. in conditionibus, 9. in princ. D. de cond. & demonstr.* Usque adeo autem verum est, conditiones supra scriptas, quæ tacite insunt, non efficere legatum conditionale, ut quanvis nominatim a testatore expressæ sint, nihil tamen legato noceant. Ut si fructus leget ex fundo Tusculano, si nascentur; aut heredem fundum Titio dare iubeat, si hereditatem adierit. *L. heredis. §. tractari. L. cum illud. in fin. D. quan. di. leg. ced.* Hinc illud legatum dictum sine conditione esse, Stichus si meus erit, liber esto. *L. servo, 47. D. de cond. & demonstr.* Tantum ideo, quia etsi superior conditio adiecta non esset, potestate tamen iuris inesset. Quandoquidem nemo servus ex testamento directam libertatem assequi potest, nisi qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo testator testamentum facit, & quo moritur. *§. ultim. Instit. de sing. reb. per fideicommiss. rel.* Hine illa tutoris datio non inutilis, ille tutor esto, si satisdederit: quanvis constet tutorem sub conditione frustra dari a magistratu. *L. muto. §. 1. D. de tute.* Quippe hæc adiectio, *si satisdederit*, conditionem habet, quæ & in pure dato tutore vi ipsa locum habeat. Non enim alia lege, qui dati sunt tutores ad tutelam admittuntur iure, quam si satisdederint. *C. de tut. qui non satisdedit.* Quæ potest igitur afferri ratio, cur hæ conditiones quanvis insertæ a testatore non faciant conditionem, cum voluntas testatoris accesserit? Nempe hæc, quæ & redditur a veteribus: quæ conditiones non expressæ sua sponte inessent, eas expressas esse supervacuas, & frustra adiici. Quod autem tale sit, id perinde habendum, quasi nec adiectum foret. *L. Cornelius. 69. D. de hered. inst.* Admonitionem magis, & demon-

1) *L. aliquando 107. h. t. L. 3. de leg. 1.* ubi Duarenus huiusmodi adiectionem figuram, non vim conditionis habere.

monſtrationem eam adiectionem continere, qua declaretur, quando legatum debeatur, quam conditionem; ut ſcilicet potius quia teſtator ita relinquere cogeretur, quam quia vellet ullam moram legato iniicere, eiuſmodi conditiones inſeruiſſe exiſtimetur. Hoc Ulpianus in *L. in conditionibus*, 19. §. 1. *D. de cond. & dem. L. muto*. §. 1. *D. de tut.* ſed addit hanc exceptionem, niſi aperte doceatur, teſtatorem hoc animo fuiſſe, ut faceret conditionem. *d. L. in conditionibus*, 19. §. 1. *de cond. & dem.*

IV. Sæpenumero tamen mutari rei effectum Marcellus ſcribit, quamquam id expreſſerit teſtator, quod etſi non feciſſet, ineſſet tamen. Hoc ille in *L. ſervo*. 47. *in fin. de cond. & demonſtr.* neque ubi mutetur, exprimit. Quod nobis explicandum eſt. Et generaliter definiemus id accidere, quoties quod exprimitur, non per omnia eodem modo intelligeretur, ſi expreſſum non eſſet. Sic enim fieri apparet, ut non fruſtra intelligatur adiici conditio, quæ tacitæ, atque intellectæ vim, & qualitatem mutat. Quin etiam recte dixerimus eam conditionem non exprimi, quæ tacite ineſt, ſi alia eſt, aut aliam vim habet ea, quæ exprimitur. Exemplo eſt hoc legatum, illi fundum Tuſculanum do lego. Propone legatum pure eo modo, quo iam propoſui. Semper tamen hæc conditio tacite ineſt, ſi legatarius voluerit. Neque enim liberalitas invito acquiri poteſt. *L. hoc iure*. §. *non poteſt*. *D. de donat.* At ſi ita expreſſum ſit, illi, ſi volet, do lego; placet legatum eſſe conditionale, & non aliter ad heredem tranſire, quam ſi legatarius voluerit: quamvis alias ſine adiectione, *ſi volet*, legatum ad heredem legatarii tranſmitteretur. Hoc Caius in *L. ſi ita legatum*. 65. §. 1. *D. de legat.* 1. & addit: *aliud eſt enim iuris, ſi quid tacite continetur, aliud ſi verbis exprimatur*. Eadem eiuſdem Caii definitio de hac ſpecie exſtat in *L. ſi ita expreſſum*. 69. *D. de cond. & dem.* Cur ergo hic aliud valet conditio expreſſa, quam cum non expreſſa tacite ineſt? Quia non eadem conditio eſt, quæ intelligitur, eadem quæ exprimitur. Certe utraque non idem efficit. [2] Nam illa conditio, *ſi legatarius voluerit*, legato adiecta, hanc habet ſententiam, ut ne aliter legatum eius fiat, quam ſi voluerit. Nulla talis conditio ineſt, ſi non exprimatur. Intelligitur hæc quidem, ſi voluerit; ſed hoc ſenſu, ut ne prius legatum perfecte, & irrevocabiliter fiat eius, quam ad ſe pertinere voluerit. Poteſt enim nondum aperte agnitum repudiare. Cæterum poteſtate iuris legatum iam a principio legatario acquiritur etiam ignoranti, ut exinde eius factum eſſe certo dicatur tunc, cum poſtea id agnoverit. *L. cum pater*. 77. §. *ſurdo*. *L. legatum*. 80. *D. de legat.* 2. *L. ſi tibi*. 86. §. *cum ſervus*. *de legat.* 1. Quod ſi tacita conditione non prius acquireretur legatum, quam ſi legatarius voluiſſet, non efficeret ullo modo hæc conditio adiecta, ut legatum eſſet conditionale, ſed adiectio, quæ nihil amplius efficeret, pro ſupervacua haberetur. Quod licet animadvertere in herede extraneo, qui quia non ante fit heres, quam ſi voluerit, cui denique hereditas niſi deſtinatione animi non acquiritur: ideo placet, ſive ſimpliciter inſtituatur heres, ſive hac conditione, ſi volet, æque heredem futurum, & hanc conditionem, *ſi volet*, expreſſam, quia nihil adiiciat, aut mutet, ſupervacuam futuram. *d. L. Cornelius*. 69. *D. de hered. inſt.* Sit & ſuperioris diſtinctionis exemplum in hac ſpecie, cum Titio legatur quid, ſi Mævius voluerit, & ſi Mævius in Capitolium aſcenderit. Nam hac conditione ſi Mævius in Capitolium aſcenderit, placet legatum valere, ubi tamen ineſt hæc conditio, ſi Mævius voluerit: quoniam is non aſcendet, niſi volet. Illa autem conditione expreſſa, *ſi volet*, iuris certi eſt legatum eſſe inutile. Ut in hac quoque ſpecie appareat, non idem iuris eſſe, utrum conditio intelligatur tantum, an etiam verbis exprimatur. *L. nonnunquam*. 52. *D. de cond. & dem.* Quod & inſtitutionibus heredum receptum eſt. *L. ſi quis Sempronium*. 68. *D. de hered. inſt.* Cur ergo hic aliud iuris in conditione expreſſa, aliud in tacita, quæ nihilominus intelligatur? Quia & hic alia eſt conditio, quæ exprimitur, alia quæ intelligitur. Nam hæc conditio, ſi Mævius in Capitolium aſcenderit, habet illam quidem conditionem incluſam, ſi Mævius voluerit: ſed non ſolam. Hoc enim adiicitur, ſi volet aſcendere, & aſcendet: nec quidquam ex hac conditione profuerit voluiſſe Mævium, niſi aſcenderit. At quam multa accidere poſſunt, ut cum volet, non queat aſcendere? Quod ſi erit hæc adiectio, ſi Mævius voluerit, non hoc quæ-

2) Sed Duaren. *ad d. L.* 3. reſponſionem hanc nec tutam, nec firmam eſſe, licet utrunque defendi poſſit. Ipſe præfert reſponſionem Ripæ ad *d. L.* 3. *n.* 35. In conditione *ſi volet* adiecta, *velle*, ſignificat factum perſonale, nec ad heredem tranſit *L.* 4. *Locati* vid. *& ſupr. C.* 15. *N.* 2.

quæretur, ut Mævius ascendat, sed simul atque Mævius voluerit, legatum debebitur. Inter quæ multum interest. Sane in hoc genere conditionum, quæ tacite insunt, si quæ sint, quas lex institutioni, aut legato adiici vetet, vere in universum dicturi sumus non idem iuris fore, si quæ tacite contineantur, & si verbis non exprimantur; quanvis quæ continentur tacite eiusmodi sint, ut non expressæ eædem prorsus futuræ fuerint. Fit enim, ut quoniam lex conditionem addi vetat, si ascripta sit, noceat, quia ea adiecta contra legem factum sit. Cum si expressa non sit, contraria de caussa nihil noceat. Nec refert, inquam, utrum alia conditio futura fuerit, an prorsus eadem, quæ intelligeretur. Quod Pomponius hoc exemplo declarat in *L. si quis Sempronium*. 68. *D. de hered. inst.* Titio herede instituto, pater filium ita exheredavit: cum heres erit Titius, filius exheres esto. Ait, nullius momenti fore 3 exheredationem, quia scilicet leges filium sub conditione exheredari vetent: quanvis certum sit, etsi pure sit exheredatus filius, non aliter exheredationem valere, quam si heres ex testamento exsitat. Quod sane non ad inutilitatem adiectionis, sed ad iuris prohibitionem referendum est. Verba enim si spectemus, otiose adiicitur ea conditio, quæ non expressa eodem modo intelligeretur. Si ius, non otiose: cum eo spectet adiectio, ut aliquid contra ius fiat: quod lex valere non patitur. Manebit igitur, conditiones quæ tacite Insunt, non facere legata conditionalia. Si quidem non exprimantur, semper ita ius esse. Si exprimantur, nihilominus idem ius fore, si modo expressa nihil amplius adiiciat. Quæ ergo conditiones vere pro conditionibus habentur, & legata reddunt conditionalia? Solæ nimirum, quæ ex testamento veniunt, id est, quas testator ipse legato inseruit. Aut insertas esse voluit ita, ut nisi adiici vellet, aliunde futuræ non fuerint. Quæ unde intelligantur, ante dictum est.

V. Et tamen ne hæ quidem omnes, quæ a testatore veniunt, sunt huiusmodi. Quædam sunt ex hoc genere, quæ iure improbatæ pro non adiectis habentur, ut proinde adiectæ non magis legata reddunt conditionalia, quam si omnino adiectæ non essent. Quod fuit genus alterum earum conditionum quas dixi pro conditionibus non haberi. Earum species sunt tres, impossibiles, iuri aut bonis moribus contrariæ, & quæ dicuntur derisoriæ. Quæ genera etiam supra a me posita sunt huius libri C. XIV. de quibus hoc loco me dicturum sum pollicitus, quod nunc exsolvam.

VI. Principio omnes remittuntur, proque non adiectis habentur in testamentis. quæ sunt impossibiles, sive institutionibus adiiciantur, sive legatis, aut fideicommissis, vel libertatibus. *L.* 3. *D. de cond. & dem. L.* 1. *D. de cond. inst. §. impossibilis. Inst. de her. inst. L. ab omnibus*. 104. §. 1. *D. de leg.* 1. Sed hoc, inquam, in testamentis ita ius est, ut adiicitur in *d. L.* 3. *& L.* 6. *in fin. D. de cond. & dem.* In contractibus placet omnem implendam esse conditionem, quæ adiecta est, aut nihil deberi. Ita fieri, ut impossibili conditione adiecta, qua quid promissum sit, quia certum est conditionem exsistere non posse, nullius momenti esse intelligatur, quod actum est. *L. non solum. D. de obl. & act. §. si impossibilis. Inst. de nat. stip.* Cuius differentiæ rationem diligenter exposui ad *L. impossibilis*. 7. *D. de verb. obl.*

VII. Hæc tamen in re, ut in cæteris ad testamentum pertinentibus voluntas testatoris dominatur. Quid enim, si certum sit testatorem credidisse fieri posse, quod In conditione posuit, & caussam fuisse, eur crederet, quod tamen reipsa amplius fieri non poterat? Nonne dicemus, quia secutum non sit, quod testator expectabat,

3) Duaren. *d. loc.* admitti hanc subtilitatem, ut per conditionem, quæ per se inest, adiecta vitietur exheredatio, ob odium exheredationis *L.* 19. *de lib. & postum.* Sed vera, eaque firma huius rei caussa mihi videtur habere in *L.* 3. §. 2. *de li & postum.* ubi dicitur, impossibile esse filium post aditam hereditatem submoveri. Ex intimo igitur iure hoc opinor, non, ceu noster, ex speciali LL. prohibitione. Nimirum quia filius vivo patre dominus, & post mortem illius dominium in eum, ex L. dispositione, continuatur, non potest locus esse instituto ante submotionem filii, vid. *not. supr. L.* 6. *C.* 13. *N* 1. & Gom. 1. *Var. Res.* 11. *n.* 1. ne admittatur duorum dominorum in bona defuncti concursus, contra non iuris solum, sed & naturæ rationem. Idcirco exheredatio filii semper ac necessario, saltem ordine naturæ, & intellectus, prior est institutione alterius, sive is æque filius (nam ratione partis fraternæ in hoc eadem ratio) sive extraneus. Atqui conditionalis institutio, & generatim quicunque actus, cui conditio adiecta, & sic quoque exheredatio conditione posterior. Unde apparet, necesse in exheredatione, sic statui, nec aliter, per superiorem iuris rationem posse. Nam qui ita exheredat. *Si Caius heres erit*, vel si hereditatem adierit, *filius exheres esto*, vult Caium prius esse heredem, & deinde filium exheredem. Atqui hoc præposterum, cum antea filius debeat esse exheres, postea Caius heres. Quocirca obstat aditioni Caii exsistentia filii nondum remoti. Nec his contrarium quis putet quod non adita hereditate exheredatio non valere dicitur *L.* 20. *pr. cont. tab.* Non enim is sensus est, quasi aditio, & sic factum exteri, potius quam iudicium paternum, filium bonis excludat, quod absurdum est: sed quod sine ea cum nihil in testamento scriptum valeat, nec iudicium testatoris quoque ad exheredationem effectum sortiri possit: vid. *not. Li.* 7. *C.* 2. *N.* 3. Et ita videtur.

bat, legatum ex ipsius voluntate non deberi? Quod Papinianus in hac specie respondit. Testator servo manumisso, quem liberum esse ignorabat, fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento pervenerit. Is postea ingenuus pronuntiatus est, ut appareat, non potuisse eum ex testamento libertatem accipere, idest, non potuisse conditionem per rerum naturam exsistere. Ait Papinianus fideicommissarium hunc non modo fideicommissum non consequi, si petat; sed etsi prius acceperit, conditione teneri. Hoc ille in [4] *L. servo*. 58. *D. de cond. inst.* Recte: nam testatorem voluisse sequi id, quod in conditione posuerat, aut alioqui nihil deberi, ex eo apparet, quod putavit, id ipsum fieri posse. Quod si vere potuisset, nemo dubitaret, quin nisi secutum esset, nihil deberetur.

VIII. Impossibilem conditionem Iustinianus ita definit in *§. impossibilis*. *Instit. de inut. stip.* ut sit ea, cui natura impedimento est, quominus exsistat. Veluti, si ille digito cœlum tetigerit, si servum, qui decesserat, manumiserit, dederit, *§. si impossibilis*. *L.* 6. *in fin. D. de cond. & dem.* Quæ definitio multa explicat, quæ in hoc genere dubitationem adferre videbantur. Ac primum hinc intelligi debet, impossibilem conditionem non dicere nos, quæ heredi, aut legatario, aut promissori sit impossibilis; sed quæ natura rei talis sit, ut neque ab hoc, neque ab alio possit impleri. Cui consequens est, ut si qua tam difficilis conditio institutioni, legatove iniecta sit, ut ei parere heres, aut legatarius non possit, cum alioqui possit præstari, quod in conditione est. [5] Non ideo, hac reiecta tanquam impossibili, ille heres esse possit, aut hic legatum capere; sed potius institutio non valeat, nec legatum debeatur; ut Paulus de eo servo probat, cui sub hac conditione libertas data erat, si millies heredi dedisset: id est, eam summam, quam nullo modo servus posset conficere. Hoc enim *millies*, valet millies sestertium, id est centena millia sestertiorum, ut Budæus in libro de asse docet, & ad monetam nostrorum temporum conficere ostendit eam summam, quæ excedat vicies quinquies centena millia aureorum nummum, quibus hodie utimur. Scribit igitur Paulus libertatem hoc modo inutiliter datam. *L.* 4. *§.* 1. *D. de statul.* Et recte; hæc enim summa natura expediri potest. Non potest a servo. Sed hoc, ut eleganter alibi Venuleius dixit in simili re, recedit ab impedimento naturali, & ad facultatem personæ, id est, commodum, incommodumve legatarii pertinet. *L. continuus*. 137. *§. illud*. *D. de verborum oblig.* Plus dico, etsi legatarius nunquam conditioni parere potuit iure ipso impeditus, non aliqua privata rei familiaris difficultate: si tamen ea fuerit conditio, ut natura præstari posset, quod ex conditione fieri debebat, impossibilem conditionem non esse, ac propterea nec legatum deberi. Fingamus testatorem ita scripsisse: Pamphilus si quod Titio debeo, solverit, liber esto. Cum debuisset, post testamentum factum pecuniam exsolvisse: defecisse conditionem Papinianus respondit in *L. cum tale*. 72. [6] *§. penult. D. de cond. & dem.* Et tamen neque mortuo testatore Pamphilus pecuniam solvere potuit, quæ iam debita non fuit: neque vivo, quia non nisi mortuo testatore conditioni recte pareatur. *L.* 2. *eo. tit.* Nimirum hoc intelligit, satis esse, quod in ea caussa fuerit pecunia, ut solvi potuerit natura, etiamsi hoc secutum est postea, ne unquam solvi posset.

IX. Ne illa quidem conditio impossibilis iudicanda est ex superiore definitione, quæ natura impleri potest; sed & ordo rerum a testatore constitutus ad implendum difficultatem, aut impossibilitatem attulit. Quo in genere est illa species quæ refertur in *L. si Titius*, 16. *D. de cond. inst.*

4) Ubi repetitio est non propter vitium conditionis, quæ impossibilis, sed propter errorem testatoris in statu personæ, Gilb. Reg. 9. *Enant.* 6. Duar. *de Cond. indeb. C.* 4. *cir. fi.* nullam esse impossibilitatem *in d. L.* 58. quæ in re ipsa spectatur; nec naturam illic impedire, quo minus conditioni pareatur. Et Pac. 4. *Q.* 13. non ibi esse conditionem impossibilem, sed deficere; quia, inquit, per sententiam falso pronunciatus fuit ingenuus cum revera servus esset, ut ipsa verba docent *servo manumisso*. Et recte. Vocula autem *manumisso* non ad alium referenda, quasi sensus sit, quem ignorabat manumissum ab alio, sed sensus: Eidem servo, cui libertatem testamento adscripserat, fideicommissum dedit, &c. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. (ubi late h. L. explicat,) vult, conditionem *si liber fuerit*, Servo putativo iam ante libero, non deficere, cum sufficiat eam ante testamentum esse impletam; quia non iterabilis per dicta *infr. N.* 17. Repeti autem in *d. L.* 58. fideicommissum ceu indebitum non ob defectum conditionis, sed ex speciali ratione, quæ in *L.* 1. *C. de ingen. man. L. ult. princ. C. Quib. ad lib. proclam. non lic. &c.* Quod non placet. Sed hic expendere non vacat.

5) Ita & Ant. Fab. 6. *Coniect.* 13. Cuiac. 21. *Observ.* 39. non esse eam conditionem impossibilem, sed difficilem, quæ non remittitur, & Pac. 4. *Quæst.* 13.

6) Errat igitur Gothofredus qui post Accursium, quem refert, adnotat in *d. §. pen.* ideo valere libertatem ob illius favorem. Nam immo verba §. aperte ostendunt non valere, & ita demum valere, *si nihil fuit debitum*; ut plane mirer, quid errori Accursii caussam dederit. Nec aliud statui debet ex probabili mente testantis. Si nihil debitum testamenti tempore, falsa conditio pro non adiecta, ex eadem ratione, qua impossibilis, quia non creditur legando ludere, & nihil agere voluisse, vid. *Lib.* 6. *C.* 18. *N.* 11. Sin debitum, & ipse testator fecit, quo minus conditio impleri possit a legatario, ea facto ostendit, se legatum ademptum velle, & prioris voluntatis pœnitere.

inst. Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto. Et hæc institutio ita prorsus concepta, ut conditio exsistere non possit. Est enim uterque hac conditione institutus, si alter prius heres esset. At non patitur hæc eadem institutio, ut alter prius heres fiat. Sit enim Titius heres. Non fiet alia conditione, quam si Seius iam heres erit. Atqui hunc ipsum prius heredem fieri non vult; sed hac conditione, si prius Titius esset. Quod eum in persona eius contingere non possit, ut quidem fuit eius institutio, 7 neuter ex conditione heres futurus est. Verum hoc conditionis qualitas non facit. Quis enim dubitat, aliquem heredem fieri posse? Sed scriptura testatoris incertum fecit, utrum prius heredem esse vellet, sine quo alter non possit heres exsistere. Et ideo Iulianus in hac specie non utrumque heredem fore ait; quod futurum erat reiecta conditione, si quidem esset impossibilis; sed inutilem esse institutionem: ut quæ sub conditione possibili scripta sit; sed huiusmodi, quæ cum in duobus heredibus prius impleri debeat, certum non sit, in utro prius debeat ex scriptura testatoris.

X. Est impossibilibus vicinum genus earum conditionum, quæ contra leges sunt, eaque quæ legis vicem obtinent, aut sunt contra bonos mores: id est, in quibus id fieri iubetur, quod leges improbant, aut boni mores. Certe & hæ similiter in testamentis pro non scriptis habentur, ac perinde ac si conditio hereditati, aut legato adiecta non esset, ita capitur hereditas, legatumve. *L. conditiones quæ L. conditiones contra. D. de cond. inst. L. non dubitamus.* 20. *D. de cond. & dem.* Idque maxime hac ratione, quod sint & ipsæ impossibiles: non quidem natura, sed tamen iure. Præclare enim de hoc genere ita scribit Papinianus, quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est. *L. filius. D. de cond. inst.* Unde mirum videri potest, quod idem Papinianus eodem loco de filio sub ea conditione, quam dicimus, instituto scribit, hunc nimirum infirmare testamentum patris, quasi sub ea conditione scriptus sit, quæ non sit in ipsius potestate. *d. L. filius. de cond. inst.* Nam illud videbatur debere dici potius, si nobis constare vellemus, filium ex testamento heredem fore, ut conditio pro non scripta habeatur. Et sane in extraneo herede instituto inutiliter adiectam diceremus. Sed non eadem filii ratio est. Nam hunc sub ea conditione institui quæ in potestate eius non sit, leges vetant. *L. 4. C. de inst. & subst.* Eo fit, ut si eiusmodi aliqua conditio adiecta sit, non ea reiiciatur, sed ipsa inutilis sit institutio, hoc solum nomine, quia contra leges facta sit.

XI. Adeo autem conditiones, quæ sunt contra leges, legato non nocent, quanvis impletæ non sint; ut si testator hac conditione legatum id restitui voluerit, si conditioni paritum non esset, nihilominus peti possit, quanvis paritum non sit, neque acceptum restitui debeat. *L. quoties.* 22. *D. de cond. & dem.* Atqui poterat testator ab initio non dare. Cur non igitur & postea arbitrio suo adimere potuit? Quia cum adimit, aut restitui iubet ea conditione, si conditioni paritum non esset, pœnæ caussa adimit eo, quod factum non sit, quod lex vetat. *§. pœnæ. Instit. de leg.* Absurdum est autem pœnam in quemquam statui ideo, quod legi paruerit. Laudandus est potius, quia id fecerit. *L. quidam. D. de cond. & dem. L. reprehendenda. C. de inst. & subst.* Adde, quod ea adiectio, sive ademptio in fraudem legis est. Comparata est enim eo, ut contra legem fiat. Hinc constitutione Iustiniani etiamnum observatur, ut quæ pœnæ caussa in hoc genere adimuntur, in his ademptio non valeat. Quæ constitutio & ad conditiones impossibiles eodem modo pertinet, si puta pœna caussa ademptum sit legatum eo, quia legatarius, quod facere non poterat, non fecerit *§. ult. Inst. de leg. L. unica. C. de his quæ pœ. nom. rel.*

XII. Quid legibus, Senatusconsultis, plebiscitis, constitutionibus principum, edictis prætorum vetetur, unoquoque genere proposito intelligetur. Contra bonos mores autem non male dicemus esse eas conditiones, quæ sunt contra pietatem, religionem, humanitatem. Cuius generis hæ, Titio do lego si ab hostibus patrem suum non redemerit; si parentibus suis, patronove alimenta non præstiterit. *L. conditiones quæ. de cond. inst.* Titius heres esto, si reliquias meas in mare proiecerit.

7) Neutra conditio in *d. L.* 16. impossibilis, sed ambarum coniunctio efficit, ut res effectum habere nequeat, Duar. *de Cond. inst.* C. 4. Duæ sunt conditiones possibiles, quarum coniunctio reddit eventum impossibilem, cum sibi invicem sint impedimento. Quia enim par utriusque ratio non liquet utra tolli debeat. Pac. 4. *Quæst.* 13. & 7. *Quæst.* 98. Impossibilitatem perplexitatis hanc vocant interpretes, Baro in §. 10. *I. de her. inst.* De impossibili conditione plura Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. & 2.

cerit. *L. quidam. de cond. inst.* Titiæ decem, si a marito suo diverterit. *d. L. reprehendenda. C. de inst. & sub.* Et quæ sunt eiusdem generis. In quo hæc quoque habenda est, quam reiici a Papiniano responsum legimus, ne cui liceat a monumento, aut certo loco discedere, aut alibi domicilium habere: utpote per quam ius libertatis infringatur. *L. Titio. 70. §. Titio centum relicta. D. de cond. & dem.* Sane in his quædam ita remittuntur lege, aut edicto, ut obscuram habeant interpretationem. De quibus ideo visum est subiicere, quod ad earum explicationem pertineat. Hæ [8] duæ sunt, Una improbata legibus, si illa non nupserit. Altera remissa edicto prætoris, si ille iuraverit se illud aut illud facturum. Quid contineant, & quatenus remittantur, videamus.

XIII. Iam primum lege remissam hanc conditionem, si non nupserit, innumeris locis traditur *sub tit. de cond. & dem.* quorum ego locorum summam ad sententiam legis, eorumque locorum, quibus de hoc genere agitur, explicandam breviter colligam. Legem quidem quæ fuerit, qua id cautum est, nusquam additum legimus, Neque nunc ad rem magnopere pertinet. Verisimile est tamen, si quis hoc requirat, legem accipiendam esse [9] Iuliam de maritandis ordinibus, quam constat matrimoniis civium incitandis operam dedisse ita diligenter, ut nihil præmii, quod ad matrimonia invitanda valeret, nihil pœnæ, quod ad deterrendos a cœlibatu cives satis pro merito esset, ea lege prætermitteretur. Quod ex plerisque viris doctis nostræ ætatis, quorum sunt de legibus Romanis accurate scripti libri, cognoscere licebit. Ut igitur alia ad matrimoniorum conciliationem, sic hoc lex cavit, ne quod impedimentum inferretur nuptiis. Cuiusmodi est, quod scribit Ulpianus in *L. adigere. §. ultim. D. de iur. pat.* lege Iulia de maritandis ordinibus remissum esse iusiurandum, quod liberto in hoc oppositum est, ne uxorem duceret, libertæve, ne nuberet, si modo nuptias contrahere recte velint. Cui plane simile est, quod conditio *non nubendi* remittitur ei mulieri, cui hac conditione quid legatum est si non nupserit; ne alioqui forte metu legati non consequendi nuptiis prohibeatur. Sed sive hæc, sive alia lex est, legem certe hac de re fuisse constat, quæ toties in hoc genere appellatur, ut *L. sed si hoc 62. §. ultim. L. 63. L. 64. L. eum tale. 72. §. si arbitratu. L. mulieri. 74. D. de cond. & dem.* Eius legis quantum colligere licet ex *d. L. sed si hoc. 62.* in *extremis verbis.* & *L. cum ita legatum. seq. & L. mulieri. 74.* sententia hæc fuit: si quid testamento datum, legatum erit ea conditione, qua viduitas capienti iniungatur, idest, qua aut [10] mulier nubere, aut vir uxorem ducere prohibeatur: iis, quibus ita datum legatum erit, contempta conditione perinde legatum capere licere, ac si conditioni paruissent.

XIV. Quæ sit conditio, qua viduitas iniungatur, seu qua mulier nubere prohibeatur, ad sententiam legis quæritur. Et placet non omnem conditionem his verbis contineri, per quam mulier iubeatur non nubere; sed eam per quam iubeatur simpliciter id facere, non ad aliquem modum. Itaque si cui ita legetur, si certæ personæ non nupserit; Si Aritiæ, id est, certo in loco non nupserit, ad legem non pertinere; quia quæ ita iubeatur, possit alii personæ, & alio loco recte nubere. Ita fieri, ne videatur viduitas ea conditione iniuncta. *L. cum ita legatum, 63. & L. hoc modo seq.* Sed hoc plane ita, inquam, si alii satis commode possit nubere, aut alio loco commode nuptias reperire. Neque enim videtur posse, quæ commode non potest. Et quidem verisimile est, cui hæc conditio deferatur, omnino non nupturam potius, quam cum incommodo suo, alibi nuptias quæsituram. Lex autem utilis reipublicæ ad sobolem procreandam adiuvanda est interpretatione, ne quod scilicet nuptiis iustum impedimentum inferatur, si conditio rata habeatur. *d. L. hoc modo, 64. L. cum tale, 72. §. si arbitratu.*

XV. Quid si ad tempus testator vetet nubere? Quoniam post tempus legataria nubere potest; & tamen interim nullo modo potest, fierique potest ut interim decedat; dubitatur, an conditio ad legem pertineat, nec ne. Iulianus respondit pertinere, scilicet quia verum sit interim viduitatem iniungi.

8) Recte tamen Alb. Gentil. 1. *Lect. & Epist.* 1. hasce duas non propter ipsasmet improbari a lege, sed in nostram gratiam remitti. Quia sponte eis parere possumus.

9) Legem Iuliam Miscellam hoc cavisse, Cuiac. 1. *not.* Merc. 1. 2. & 3. Briss. 3. *Antiq.* 3. *Arg. L. 2. Cod. de ind. vid. toll.* legem Iuliam & Papiam. Balduin. *de L. Papia pag.* 86. arg. inscriptionis *d. L.* 64. vid. Robert. 1. *Animadv.* 1. 2. 3.

10) Sive maritum habuerit sive non. Nam & huic viduitas iniuncta dici potest, cum & virgo vidua dicatur *L.* 242. §. 3. *de V. S.* Ovid. 1. *Fastor.* Et recte legatur virgini quoad vidua erit *L. 22. de ann. leg.* vid. Pithœ. 1. *Adv. Subsec.* 19. Gœd. *in d.* §. 3. Scip. Gentil. *Orig. Li. sing. p.* 304. & *seq.* & not. Frid. Taubmani ex Grutero *ad Stich. Plauti. Act.* 1. *Sc.* 1. Non igitur inde recte movetur Rob. 1. *Animadv.* 2. ut statuat L. Iul. Miscellam non pertinuisse ad cœlibes, nuptias antea non expertas.

XVI. Illud excepit, nisi vir uxori legaverit hac conditione, si non nupserit, quamdiu liberi, quos relinquit, impuberes erunt: huc spectans, ne mater interim alii nubendo eos desereret. Hoc enim modo magis liberorum curam, quam viduitatem iniungi. *d. L. sed si hoc*, 62. *§. ult. de cond. & dem.*

XVII. Iam cum dicamus, eam solam conditionem non nubendi remitti, per quam quis in totum uxorem ducere, aut nubere vetatur: hoc etiam adhuc dubitationem habere potest, quando id vetari intelligatur, ut ne fletur conditioni. De eo non dubitatur, si simpliciter ita legatum sit, viro si uxorem non duxerit; mulieri, si non nupserit. At quid, si ea conditio sit, si mulier Titio nupserit: ex qua non modo non prohibentur nuptiæ in totum, sed etiam hæ cum certa persona iniunguntur? Et placet etiam ex hac conditione interdum viduitatem iniungi videri; ac quibus modis id accidat, totidem fieri, ut hæc quoque conditio tanquam viduitatem oblique iniungens remittatur. Accidit autem id duobus modis. Uno, si iubeatur mulier nubere ei, cui honeste iungi non potest. Quæ enim Titio, exempli gratia, nubere iubetur, ea cæteris omnibus nubere prohibetur: si quidem pluribus nubere non possumus, ut nec plures eodem tempore uxores habere. *§. affinitatis. Inst. de nup.* Titio porro non videtur posse nubere, quæ honeste id facere non potest, *d. L. filius, de cond. inst.* Ita fit, ut hac conditione vi ipsa aperte mulier nubere prohibeatur. Altero modo idem fit, si addiderit testator, ut mulier arbitratu Titii nuberet. Hæc enim conditio, si illius arbitratu nupserit, hoc efficit, ut illo non arbitrante, mulier omnino non nubat. *L. si quis arbitratu. & L. seq. D. de verborum oblig.* At enim fieri potest, inquies, ut Titius arbitretur. Nihil ad rem pertinet frustra enim exspectatur, quod etiam si non eveniat, nihil nocet. *L. si quis ita*, 33. *D. de hered. inst.* Ideo placuit, utrumque hoc genus conditionis adiectum non impedire, quominus mulier suo arbitratu nubendo legatum statim consequatur. De priore est in *L. cum ita*, 63. *§. 1. de cond. & demonstrat.* de posteriore in *L. filiæ*. 28. *& L. cum tale*, 72. *§. si arbitratu, eod. tit.*

XVIII. Illud ex iis, quæ diximus planum est, sic hanc conditionem, si mulier non nupserit, legato adiectam pro non scripta esse, si in personam legatariæ collata sit, ut hac conditione se ei legare testator dicat, si ipsa non nupserit. Quod si alii legatum sit hac conditione, si mulier, cui nihil legabatur, non nupserit: nihil hic legatario remittitur. *L. 1. C. de ind. vid. toll.* Non enim periculum est in hac caussa, ne si deficiente conditione legatario nihil dederimus, eo minus mulier nubat: cum sive nupserit, sive non nupserit, iuxta ex legato nihil consequatur. Illic conditionem remitti fuit ex utilitate reipublicæ, cum muliere non nubente legatum ad eam ipsam rediturum fuit. Sic enim evenerit, ut si eam conditioni parere iusserimus, spe lucri illecta idcirco non nubat, ut ad legatum perveniat, quod reipublicæ est inutile. Interdum tamen accidit, ut minus nuptura mulier videatur, si legatarium hanc conditionem exspectare iubeamus, si mulier non nupserit. Quod fit, si aut ei legatum esse proponamus, qui mulierem in potestate habuit: veluti patri, si filia eius non nupserit: aut ad eum eamve, qui uxorem ducere, quæve nubere prohibetur ex conditione, legatum rediturum est: veluti filiofamilias, aut filiæfamilias, si pater eius uxorem non duxerit. Nam & illic pater coget filiam non nubere, ut ipse legatum consequatur; & hic uxorem non ducet, ut legatum per filium ipse acquirat. Itaque his casibus eodem modo conditionem remitti Papinianus auctor est; quia ad impediendas nuptias æque id pertineat. Quod si minus contra legem est: adiicitur certe in fraudem legis. *L. heres*. 79. *§. ult. de cond. & dem.*

XIX. Sed hæc lex uno casu locum non habet. Nam si servus legatus sit mulieri hac conditione, si non nuberet: quod si nuberet, idem servus liber esse iussus est: placet muliere nubente servum liberum fore, proinde nec legatum deberi. *L. Titio*. 96. *§. ultim. eod. tit.* Et hoc nimirum est: favorabilis caussa nuptiarum; favorabilis item libertatis sed huius [11] potior. Ut si res in contentionem venerit, vincere debeat libertas. Quippe in hac plures favoris caussæ. Ut mulier nubat fructus reipublicæ hic est, quod nova sobole civitas augetur. Et servo manumisso hoc idem consequimur. Nam hoc facto civis quodammodo reipublicæ nascitur. Fit certe civis, qui manumittitur. *§. ult. Institut. de libert. L. in orbe. de stat. hom.*

11) Hinc colligunt, conditionem viduitatis non remitti, si in eius defectum vocetur pia caussa ad relictum, Tiraq. *Priv. pia causs.* 18. Vid. de hac conditione pluribus dimicantes, Cuiac. & Rob. *dd. locis add.* Scip. Gent. *Lib. de Sec. Nupt. C.* 20.

hom. At illæ præterea caussæ, quod servus calamitate liberatur. Propensior autem esse debet liberalitas in calamitosos, ut recte Cicero præcipit *Libro* 2. *Offic*. Et quod in postremis habendum non est, hoc modo voluntati testatoris paretur.

XX. Et hoc quidem olim. Secuta est Novella Iustiniani, quæ superiori iuri in viduis derogavit. Cavit enim in universum, si quid viduæ legatum sit hac conditione, si iterum non nupserit: huic conditioni parendum, aut nihil deberi. Nec quidquam interesse, utrum maritus sit, necne, qui hanc conditionem legato dixerit: liberorum qui ex priore matrimonio nati sunt, caussa id fecerit, an non fecerit. Idem constituit, etsi viro legatum sit, si iterum uxorem non duceret. Sic tamen, ut utrobique legatarius, legatariave intra annum legatum non petat; post annum vero capiat, sed prius præstita cautione de re cum fructibus restituenda, si contra fecerit. Et adiicit, qualis esse debeat hæc cautio pro genere legati, & conditione personæ legatarii; tum quæ sit actio ad recuperandum legatum. Quæ melius ex ipsa constitutione petentur. Hæc Iustinianus *Novel. de nup.* 24. *§. quia vero*. Unde *auth. cui relictum. C. de ind. vid. tol.*

XXI. Fuit altera conditio, quam dixi etiam nominatim remissam iure, sed edicto prætoris, quæ & ipsa lucem desideret. Ea est conditio iurisiurandi, cum sic legatur alicui, si se daturum quid, aut facturum iuraverit. Hanc remitti constat. *L. non dubitamus*. 20. *D. de cond. & dem. L. quæ sub conditione. D. de cond. inst.* Sed sciamus remitti hactenus, non ut legatarius non faciat, quod in conditione facturum se iurare debet, sed ne hoc ipsum se facturum iurare cogatur. *L. hæc scriptura*. 26. *de cond. & dem. d. L. quæ sub §. quoties. de cond. inst.* Quid enim retulit testatoris, dum id fieret, quod vult, utrum iuraret legatarius, an non iuraret, postquam aliter, quam si id factum sit, ad legatarium non perveniatur.

XXII. Sed nec ad omnem iurisiurandi conditionem edictum pertinet. Primum hoc generaliter observandum, eam solum conditionem iurisiurandi a prætore improbari, per quam quis adigitur, ut iuret in [12] futurum se daturum: aut facturum. Sic enim de hoc iureiurando verba concepta sunt in *d. L. quæ sub. D. de cond. inst. & L. hæc scriptura*. 26. *de cond. & demonst.* Scilicet quæ futura sunt, difficile præstantur, nec semper evenit, ut cum promiserimus nos facturos, omnia concurrant ad facultatem, aut voluntatem, ut faciamus. Quo fit, ut his de rebus iuraturis anceps iusiurandum, ac propterea periculosum suscipiatur, Quod cum idem minime necessarium sit: summa caussa fuit prætori iurisiurandi remittendi iis, qui metuerent, ne temere iurando, & futura recipiendo, sese periurio obstringerent. Cum absit hic metus in his rebus, quæ iam præterierunt, affirmandis: intelligendum erit, si quod de his iusiurandum a testatore adactum fuerit, iusiurandum non remitti. Veluti si cui ita legatum sit, Titio decem, si iuraverit sibi deberi, quod petebat: Titio fundum, si iuraverit, nihil se dolo malo in re aliqua, nihil malo animo fecisse. In quibus affirmatio omni periculo vacat, si scit legatarius; si nescit, testator eo animo est, ut nihil velit dari. Ac ne quis dubitet, iusiurandum in his non remitti: iusiurandum id tale est, ut si convenerit inter vivos, ut præstaretur: placeat ex conventu id omnino esse præstandum. *L. si cum. C. com. utr. iud. L. si quis cum debitore. D. de iurei.* Quæ res arguit, non esse huius iurisiurandi iniunctionem contra bonos mores. Alioqui nec conventio de ea rata esset. Quod si in contractibus servanda est: conficitur, si idem a testatore iniunctum sit, [13] multo magis in eo servandam supremam volun-

12) Consentit Duar. *de Cond. Inst.* C. 4. Sed refellit hanc distinctionem A. Gent. 1. *Lect.* 2. quia & in præterito utraque ratio remissionis, in *d. L.* 8. relata, obtineat. Ipse sic contrarietatem expedit: Conditio hæc nec impossibilis, nec turpis, sed reprobatur ut periculis iis succurratur, quæ in *d. L.* 8. *pr.* Remittiturque eius implendæ necessitas, non vero (ut in turpibus conditionibus) denegatur implendi potestas, (quomodo & Duar. *de Cond. inst.* C. 5.) *in d. L.* 62. *&* *d. L.* 97. vero sponte iuratum fuisse, ubi cessant rationes *d. L.* 8. superstitio timidiorum, & improbiorum peierandi proclivitas. Quod ut *de L.* 61. admitti possit, de *L.* 97. valde dubito. Nec male videtur Socin. Resp. *ad d. L.* 97. municipibus ideo conditionem non remitti, quia rationes *d. L.* 8. locum non habeant in numerosa municipum multitudine. Dici quoque potest cum Pac. 6. *Quæst.* 46. non ibi haberi quod iusiurandum necessario præstandum sit, sed tantum hoc, Conditionem non esse impossibilem. Quid ita? Si impossibilis, tota esset pro non scripta. Proinde si e. g. iurare iussi se 100. daturos, nec iurare cogerentur, nec (quod est in iureiurando) 100. dare. Non male etiam Cuiac. 5. *Obs.* 1. accipit *dd. LL.* de simplici, & nudo iureiurando iniuncto ita: *Si iuraverit*, non addito, se hoc vel illud daturum, vel facturum. Id nullo iudicio dictum videtur Gentili, quia & in hoc obtineat æque superstitio. Sed iniuriam facit Cuiacio de eo iureiurando loquenti, cui satisfaciat verba illa præfatus, quibus olim veteres utebantur in prosperis rebus exoptandis: ut *Ex animi mei sententia* hanc hereditatem, hoc legatum, habeo.

13) Sed differentiam hac in re inter conventiones, & testamenta statuit Cuiac. 5. *Obs.* 1. quia non quicquid Lex, vel edictum remittit in testamento, etiam in conventionibus; sicuti nec quod admittit in illis, etiam in his; ut Mutianam Cautionem. Et Pac. 3. *Q.* 86. rationem differentiæ tradens; Quia qui sciens prudens suscepit onus præstandi iurisiurandi excusationem non meretur, uti cui ab alio iniunctum.

luntatem, *L.* 1. *C. de sacrof. eccles.* Et de hoc genere quidam loci accipiendi sunt, in quibus de hac conditione si iuraverit, implenda agitur, ut *L. municipibus*. 97. *D. de cond. & dem. L. Antistius. D. de acq. her.* ne forte frustra laboremus in eo, quomodo hæc cum edicto prætoris conciliemus, reperiamusque, quibus in caussis id iusiurandum aliquando admittatur, quod in totum prætor, & nna de caussa improbat. Quod enim in his locis simpliciter ita dicitur, illi si iuraverit: sic intelligendum est, quibus in caussis id iure, & bono more facere licebit; quod in universum in rebus præteritis licet.

XXIII. Sed etsi sit ea conditio iurisiurandi, qua placeat quid iurari in futurum, ut fiat: interdum tamen nec ipsa hæc conditio remittitur. Quod in hac specie singulari ratione receptum est. Nam si libertas sub conditione iurisiurandi relicta sit, idque quod se daturum servus iurare debet, tale sit, ut ante quam liber sit, dare non possit: placet iurisiurandi conditionem ei non remitti; ne si quis conditionem remiserit, ipsam libertatem impediat, quæ competere aliter non potest, quam si voluntati paritum fuerit aliquo modo, ut supra diximus. Hoc Ulpianus in *L. si quis libertatem*. 12. *D. de ma. test.* Hæ duæ caussæ non remittendi iurisiurandi fecerunt, nt Marcellus de conditione iurisiurandi loquens in *d. L. non dubitamus*. 20. *de cond. & dem.* recte dixisse videatur, [14] *plerumque* conditionem hanc remitti.

XXIV. Venio ad tertium genus earum conditionum, quæ pro non scriptis habentur, quas derisorias nominavimus. Eas accipere hoc modo debemus, non in quibus id iubeat testator, quod inutile tantum factu sit, nt alias legatum derisorium vocamus, in quo testator id dari voluit, quod ad minimam summam redigatur: *L. si domus*. 71. *in princ. de leg.* 1. sed quod ita inutile sit, ut appareat testatorem in eo fructum aliquem, aut religionem spectasse, cum esset ea eius opinio ineptissima, & stultissima; & ideo præceptum risu dignum. Ut si quis heredem ita instituat, si vestimentornm, & eduliornm, qnod sit satis ad usum unius anni, aut plurium, una secum in sepulchro condiderit: quasi mortui his rebus indigeant, ant quasi ad sanctimoniam, aut etiam sanctimoniæ famam vestitus cadaveri additus quidquam attineret, si ita instituat, si se habitu aliquo novo, & philosophico indutum sepeliendum curarit. Hic enim ridetur opinio testatoris de rebus tam præpostere sentientis. At tolle errorem testatoris, ut nullus alius illi finis propositus sit, cur vellet, qnam ut animo suo morem gereret; eiusmodi erit conditio, ut nisi ei paritum fuerit, nihil ex testamento debeatur. Argumento est, qnod labolenns etiam hanc conditionem implendam esse scribit, [15] si decem heres in mare proiecerit. *L. Mævius*. 55. *de cond. & dem.* Ergo illud genus derisoriæ conditionis ideo pro non scripto esse convenit; quia eum ob aliquem finem testator quid fieri voluit, apparet, nisi in eo errasset, putassetqne id ita futnrum, qnod sibi propofuerat, non fuisse eum eam conditionem adiectnrum. Cum autem in eo, quod iussit, nihil erravit, sed scivit, quid futurum esset: perspicuum est, id eum omnino fieri voluisse. Idcirco erit præstandum.

XXV. Atque hæ conditiones fnnt, quæ figura, & conceptione veræ conditiones cum sint, iure tamen pro conditionibus non habentur: sive quod non ex iudicio testatoris veniant; sive quod inde venientes remittantur iure, & pro non adscriptis habeantur. Quibus exceptis, licet iam breviter colligere summam earum, quas impleri oporteat; ut quæcumqne conditiones sint non ex testamento venientes; ant venientes quidem ex testamento, sed quæ iure non improbentur, id est, non impossibiles sint, nihil contra ius, non derisoriæ: omnes in ea caussa sint, ut impleri debeant. Sic tamen, nt debeant imple-

14) Consentit Cui. *d. C.* 1. Gentil. 1. *Lect.* 2. esse alium casum in *L.* 7. *de op. Lib.* & generatim non remitti quoties remittendo fieret, ne relictum quæri posset. Ex. gr. Titius 10. capito, *si iuraverit se, ubi heres iusserit, Romam iturum*. Hic non potest citra iusiurandum impleri, quod est in conditione demandatum. Et nullum esset prætoris auxilium si aliter legatum adipisci liceret, quam exspectato iussu heredis. Non igitur alia via consequendi legatum quam si iuretur, &c. Vid. & de Conditione iurisiur. Rad. Forner. 3. *Rer. quotid.* 22. & confer. Fr. Sarmient. 1. *Select. Interp.* 3.

15) Quod probare non possum. Nam si ineptum supervacua in sepulturam impendere, *L.* 113. §. *ult. de leg.* 1. quod multorum habet exemplum, magis ineptum erit pecuniam proicere in mare. Et recte A. Gentil. 4. *Lect.* 2. refellit interpretum distinctionem an ineptæ voluntates in forma dispositionis prolatæ, ubi non servandæ *d.* §. *ult.* an in conditionis, ubi servandæ *d. L.* 55. Neque enim credibile est, ius civile magis probare conditionem derisoriam, bonis moribus adversam, ineptam, atque nulli usui futuram, rei suæ perditionem continentem. Facit *L.* 4. §. *pe. ad L. Iul. pecul.* Ad *d. L.* 55. Resp. Gentilis verba *quid enim interest, &c.* non facere casuum paritatem in universum, sed in eo tantum, in quo adiecta; nec similitudinem ulterius deducendam, quam ad quod inducta. Comparationem in eo esse, quod ut mari non quæritur in id proiectum, ita nec incapaci. Sed hæc Resp. firma ac solida non est. Tutius dicemus (quod & Gentilis tantum innuit) verba *quid enim interest*, habere in se interrogationem pro *quantum interest*, & tacitam responsionem, *Multum*, uti in *L.* 1. *de leg.* 2. vid. *sup. C.* 15. *N.* 7. 8.

pleri, quas testator voluit, & debeant ut licet, & ut testator sensit. Primum non semper omnes implendæ sunt, quas testator adscripsit, quia non ita sunt adscriptæ, ut simul vellet omnes exsistere. Quid hic voluerit, quæritur. In quo hæc distinctio adhibenda est. Refert, utrum diversis locis separatim scriptæ sint conditiones, ut fit, cum testator sæpius eamdem rem legat primo certa conditione adiecta, aut etiam pure, mox alia parte testamenti, aut codicillis eamdem rem legat sub alia conditione; an vero semel, atque uno loco legando plures conditiones legato iniectæ sint. Si diversis locis: quia in legatis novissimæ scripturæ, & voluntates valent. *L.* 12. §. *ult. D. de leg.* 1. hic quoque novissima spectabitur conditio. In libertatibus placet levissimam spectari. *L. sub diversis.* 51. *L. quod traditum.* 87. *L. non ad ea.* 89. *in pr. de cond. & dem.* De qua parte satis diximus supra huius libri. C. IV. Quod si simul plures conditiones adscripiæ sint: si quidem coniunctim, puta si illud & illud factum erit; placet omnibus esse parendum. Si disiunctim, puta, si illud, aut illud factum erit, satis est vel unam extitisse; quod & scriptura exigit. *L.* 5. *D. de cond. inst.* [16] *L. cum pupillus.* 78. §. 1. *D. de cond. & demonst.* §. *pen. Inst. de her. inst.*

XXVI. Illa etiam de voluntate testatoris incidet quæstio, si quid in conditione posuit, ut fieret, si id iam ante factum sit, velitne iterum fieri, ut conditio impleatur, an sufficiat semel factum esse, quod iussit. In quo hæc distinctio probata est, ut si sciat testator, quod fuit in conditione, & iterum fieri possit, exspectandum sit, donec iterum fiat. Sin ignoret, satisfactum sit iudicio eius, ut ne quid aliud exspectari debeat, sed statim ex conditione legatum debeatur. Exstat hæc distinctio in *L. si iam facta.* 11. *D. de cond. & demonstrat.* Utputa, legatum est, si navis ex Asia venerit, si uxor liberos susceperit. Venerat autem iam tum navis, & uxor liberos susceperat. Si testator ignorabat, dicimus [17] iam tum conditionem de mente testatoris pro impleta haberi. *L. hæc conditio.* 10. §. *ult. de cond. & dem.* Hoc enim ignorans testator hoc spectabat, ut eveniret, quod cogitabat, hoc animo, ut si evenisset, legatum deberetur. Si sciebat: perspicuum est neque de adventu priore navis, neque de his liberis, quos iam tum uxor habebat, eum sensisse. *L. solemus.* 9. *L. si ita.* 68. *D. de cond. & dem.* Nam si de his sentiret, supervacua fuit conditio. Adiecimus, si iterum fieri possit, quod erat in conditione, uti & hæc verba adiecta sunt in *d. L. si iam facta.* 11. *de cond. & dem.* ut sclamus, si id amplius fieri non potest, omnimodo conditionem pro impleta habendam, sive ignorarit testator sive sciverit. Ut si proponas testatorem legasse Titio, cum pubes erit. Et iam tum Titium pubertatis annos egressum esse: legatum statim debebitur. *L. hæc conditio.* 10. *in fi. de cond. & dem.* Merito: sive enim ignorat testator Titium puberem esse; pertinet hæc pars ad distinctionem superiorem. Sive scivit; ideo non exspectatur, ut Titius iterum pubes fieri incipiat, quia per rerum naturam id fieri non potest. Unde conditio incipit fieri impossibilis, cuiusmodi conditiones pro non scriptis haberi dicimus.

XXVII. Adeo autem verum est, conditionem, quam testator adiecit, quam eamdem servari voluit, implendam esse, ut si per omnia secundum verba exacte impleri non potest: placeat tamen hactenus implendam, quatenus potest. Hoc amplius, si nullo modo potest secundum subtilitatem verborum; at certe implendam esse, prout testator sensisse videbitur. Prioris illius sit hoc exemplum ex *L. Mævius.* 55. *D. de cond. & dem.* Mævio fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factio non erat, (finge fuisse deportatum. *L.* 1. *C. de her. instit.*) ducenta dedisset. Quæritur, an huic conditioni parere debeat Mævius, & ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat. Respondet Iavolenus debere. Atqui non est is Callimachus, in cuius persona conditio superior impleri possit per omnia. Exigit enim ea conditio, ut ducenta dentur Callimacho: id est, ita tradantur, ut fiant eius. Id enim significat dare. §. *sic itaque. Inst. de act.* Hoc autem in deportatum non cadit: cum sit regula iuris, qui legata ex testamento nostro capere non possunt, his nec mortis quidem caussa capere permitti. *L. omnib. D. de mor. cau. don.* Fatetur Iavolenus, totum hoc in Callimachum conferri non posse, ut nummi fiant accipientis. Sed innuit

16) Ubi dictio *cuilibet* est distributiva, non collectiva, ut ibi notat Gothofridus. Nec necesse habuit Forn. 6. *Rer. quot.* 18. disiungendo voculam, & ex una geminam faciendo legere *cui libet*, idest cui placet parere: tametsi sensus idem. Sæpe tamen disiuncta pro coniunctis, & contra *L. gen.* 6. *pr. C. de inst. & subst.* vid. Duar. *de Cond. Inst. C.* 5. Matth. *Li.* 3. *Epit. Legat. C.* 12.

17) Et ita testatoris ignorantia non nocet, sed prodest implemento conditionis. Vid. Sarment. 2. *Select. Interpr.* 1. *n.* 10.

nuit in dando duo inesse, tradere scilicet ita, ut ne avoces, & præterea tradendo dominium transferre. Ita testatorem, cum ducenta dari iussit, simul utrumque illud, quod inest in dando, iussisse. Non potest Mævius præstare posterius, ut nummos faciat accipientis. At potest illud alterum ita tradere, [18] ne repetat. Proinde hoc illum saltem præstare ex conditione oportet, & hactenus eam implere, quia hactenus potest. Nec quemquam moverit, quod Callimacho inutilis iure futura sit ea conditio, ex qua nihil ei acquiratur. Non enim quid ei inde acquiratur, spectamus, sed quid testator fieri voluerit, ut sive utile sit factum, sive inutile, pareri conditioni debeat. Argumento esse ait Iavolenus, quod etiam ei conditioni parendum sit, si iubeatur Mævius eam pecuniam non tali personæ dare, sed vel aliquo in loco ponere, vel in mare abiicere. At enim deportatus iste nihil potest ex testamento capere; qui civis Romanus non est. *L. 1. D. ad leg. Falcid. d. L. 1. C. de her. inst.* Respondet Iavolenus huic obiectioni occurrens, illud quod in proposito ad talem personam perventurum est, non testamenti nomine, sed mortis caussa capi. Atqui iam diximus, qui ex testamento legatum capere non possunt, his nec mortis caussa capere permittendum. Respondeo, ne nunc quidem dicere Iavolenum, Callimachum in proposito ducenta hæc capturum, ut sibi habeat: Fisco enim hæc ducenta tanquam vacantia, aut tanquam publicata vindicabuntur. Sed hoc innuit, si hæc ducenta legata essent a Mævio, ipsum cogendum non fuisse ea præstare. Nunc quemadmodum Mævius ea ex conditione dare iussus est, eum conditioni parere cogendum, nec traditioni ducentorum quidquam obstare regulas iuris, quia hæc ducenta non dat testator, sed Mævius. Sed hæc obiter ad propositæ speciei explicationem. Illud ad rem, quod hoc exemplo intelligi volumus, ut omnia non possint secundum verba impleri, quæ in conditione sunt, certe quatenus possunt, impleri debere. Hoc amplius adiecimus, etsi nullo modo secundum verba impleri conditio possit: si tamen potest aliquo modo ad sensum, & mentem testatoris, etiam hactenus id præstandum, quod testator voluit. Ut in hoc exemplo: Titio fundum do, si tutelam filii mei in annum 18. gesserit. Gerere enim tutelam non posse in eum annum certum est. Quia tutela ipso iure post 14. annum finitur: nec adulto tutor dari potest. *L. Seiæ. D. de tut. & cur. dat.* Quid igitur? postea nihil geret, & quia nihil potest, legatum consequetur? Immo cum hoc non possit: quod proximum est, & ex iure licet, id faciet, ut curam in annum 18. suscipiat, ut Papinianus respondit. *L. pater. 101. §. conditionum. D. de cond & dem.* Id enim intelligitur sensisse testator, ut aliquam curam liberorum susciperet, cum potestate coniunctam. Conditionum autem verba, inquit Papinianus, quæ testamento præscribuntur, pro voluntate considerantur. *d. L. pater. §. conditionum.*

CAP.

18) Neque effectu plane caret traditio in persona deportati. Licet enim non fiat dominus, nummis tamen uti potest, Duaren. *de Cond. Instit. C. 5. in fin.* vid. & Nicol. Valla *de Reb. dub. Tract. 14. n. 1.*

CAP. XXXIII.

Conditiones quæque quam recte impleantur. In quo hæc insunt, Quomodo impleantur recte, Quatenus, Quo tempore. Et de conditionibus in non faciendo positis, deque Mucianæ cautionis remedio in his recepto.

I. HActenus ergo satis dixisse videmur, ubi insit in legato conditio eiusmodi, quam pro vera conditione agnoscere, quamque pro tali impleri oporteat. Qua posita, deinceps sequetur illud tertium, ut de implenda cognoscatur. Et ista omnis conditionis impletio tria hæc desiderat, ut certo modo conditio impleatur; ut quatenus oportet; ut quo tempore oportet. Sic fit, ut in hac parte tria hæc occurrant, de quibus quæratur. Quomodo recte impleatur conditio, Quatenus,

nus, & Quo tempore. De quibus dicam ordine. Ac quomodo [1] impleatur conditio, non difficilem præceptionem habet. Cum enim testator ex conditione aliquid fieri, & exsistere ante voluerit, resque in eius voluntate sit posita: perspicuum est, conditionem tunc impletam esse, cum id factum erit, quod testator voluit. Conditio in eventum collata est hoc modo, si navis ex Asia venerit, si rex Parthorum vicerit. Impleta est conditio, cum utrumque horum evenerit. Collata est in arbitrium, & potestatem heredis, aut legatarii, si aut daret quid, aut faceret; aut contra si non daret, non faceret. Illam, [2] dando, faciendoque quod testator iussit, implebit: hanc, cum quod in conditione est, nec factum esse, nec fieri amplius posse constabit. Quid porro hic fieri, aut non fieri voluerit, propositis verbis conditionis intelligetur.

II. Ac verbis quidem semper standum est, nisi quid appareat aliud [3] sensisse testatorem. *L. non aliter*. 69. *D. de leg.* 3. Verum hoc cognito, aliud sensisse eum, quam verba demonstrant, contemptis verbis, voluntatis præcipue ratio habebitur. In conditionibus, inquit Ulpianus, primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. *L. in conditionibus*. 19. *de cond. & dem.* Ergo hic omnis de verbis conditionis, & testatoris sententia, non de iure quæstio est. Hinc tot exempla conditionum variarum sub *tit. de con. & dem.* expositarum, in quibus de verbis conditionum tractatur, quid his contineatur. Non alio documento profecto, nisi ut discamus, ex verborum vi, & significatione æstimare in singulis, an id factum sit, necne, quod testator præscripsit, cum de impleta conditione quæritur: nisi quid voluntas aperte refragetur. Ex multis pauca proponam, quorum interpretationem ex suis locis petere licebit. Huius generis est, cum quæritur, conditio hæc, si nupserit, quando impleatur, idest, quæ quando recte nubere dicatur. [4] *L. hæc conditio*. 10. *L. cum fuerit*. 15. *eo. tit.* Item hæc, quæ in manumittendis servis actoribus, qui calendario præfuerant, olim frequens erat, si rationes reddiderit. In quo quæritur, quid sit rationes reddere: quod his capitibus quinque explicatur. [5] *L. quamvis*. 32. *L. si cui*. 50. *L. Iulius*. 81. *L. cum servus*. 82. *L. qui sub conditione*. 111. *eod.* Item hæc si impensam reddiderit. *L. quib.* 40. §. 1. *eod.* Item cum tractatur in hac conditione, si decem dederit, dedisse quid sit. *L. Iulian.* 45. *eod.* Item in illa, cum ad decimum annum pervenerit, quando dicendus sit pervenisse. [6] *L. non putabam*. 48. Item in illa, si quis ex his sine liberis decesserit, an adoptato filio [7] deficiat. In quo hoc

1) Quando impleta est conditio, pro eo habetur legatum, ac si pure relictum esset *L.* 11. *Qui pot. in pig. L.* 13. *de cond. inst.* Nec tamen eo sola acquiritur nisi sequatur agnitio *L.* 65. §. 3. *de cond. ind.* Aliud in libertate relicta, quæ impleta conditione statim, & ipso iure competit, sicuti & directo relicta invitis, A. Fab. 20. *Coniect.* 2.

2) An conditio dandi possit compensando impleri, vid. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interp.* 1. *n.* 11.

3) Nam in iis sola inspicitur voluntas, nec alia ratio, nisi voluntatis reddenda. Neque ut in dispositionibus, requiritur caussa, & ut alicuius id quod in ea positum, fieri intersit. Hinc reperimus passim exempla earum, quæ nullius effectus, vel momenti. Si Rex Parthorum vicerit: Si Capitolium ascenderit, &c. Sarmient. 2. *Select.* 1. *n.* 5. *&* 2. *seqq.* Et Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 14. *n.* 1. In conditionibus solam voluntatem, ait, attendimus, in dispositionibus etiam legis potestatem.

4) Adde *L.* 5. *L.* 34. §. 1. *de statulib. L.* 89. §. *ult. de V. S.* Cuiac. 9. *ad Afric. in L.* 32. *h. t. & in L.* 22. *de man. test.* Quid si servus, cuius libertati adscripta hæc conditio, nullas administraverit rationes? Liber erit *L.* 26. §. 1. *de statulib.* Non obstat, quod hic conditio licet impossibilis, tamen a testatore habita pro possibili. Quia idem hic finis, & effectus contingit. Ideo enim adiecit testator, ne ex mala administratione aliquid servus retineat. Sarmient. 2. *Sel.* 1. *n.* 17.

5) In qua *L.* 10. nec vers. *an tamen, &c.* Triboniano adsignandus, quod facit A. Fab. 1. *Iurispr.* 9. *Pr.* 5. *Ill.* 11. nec negatione inserta, cum Cuiac. 13. *Obs. ult.* in fine §. legendum *non defectam*. Sensus enim ICti *defectam* ex ratione iuris, haberi benigne pro nondum impleta. Ac si pleniore oratione dixisset. Licet sit vere defecta conditio, si summum ius intueamur, tamen, eo insuper habito, ex benignitate sic interpretamur ac si nondum esset impleta.

6) Ubi annus cœptus pro completo haberi dicitur, ex rescripto Aurelii. Contra rescripsit Caracalla *L.* 74. §. 1. *ad Trebell.* Connan. 3. *Comm.* 12. *n.* 7. vult Marcellum a sententia sua, quæ refertur *d. L.* 48. *h. t.* recessisse per verba: *non putabam:* Non puto. Nihilo melius Cuiac. *ad L.* 5. *de testam.* contraria fuisse Imperatorum decreta Aurelii *d. L.* 48. & Caracallæ *d.* §. 1. Nam utrumque *L.* 49. *pr. de leg.* 1. satis refellit. Dicendum, speciem esse singularem *d.* §. 1. & ita rescripsisse Imperatorem potissimum motum, *æquitate rei*, ut verba habent: tum quia testator non videatur in eum casum onerasse filium de restituenda hereditate sorori, si ipse filia relicta decessurus, per ea quæ *supr.* C. 31. *in fi.* tum quia filia onerati egena, & satis durum ac inhumanum, portionem patris, quam is ex testamento avi patris sui, habebat, filiæ auferri, & amitæ applicari. Atque ita malo, quam cum Gœd. *in L.* 217. *pr. de V. S. n.* 3. distinguere inter diversas acceptiones voculæ *cum*: an pro *si*, ponatur, conditionem significans, an pro *quando*. Non etiam necesse est in *d. L.* 48. pro 16. *annum* reponere 14. *annum*, quasi error ortus sit ex nota XIV. & XVI. ut post Cuiacium Rad. Forner. 3. *Rer. quotid.* 2. quia in *d. L.* 49. *pr.* ubi Marcelli sententia, & Imperatoris rescriptum citatur, mentio 14. annorum. Nam negativa est consequentia: Licet enim Imperator Aurelius rescripserit de ea specie, qua 16. anni mentio in consultatione, seu libello facta, tamen idem optima ratione ad 14. 18. 20. 21. & quemcunque annum accommodari potest, vid. Gœd. *ad L.* 217. *pr. de V. S. n.* 2. cum non utique numeri annorum certi in hoc habeatur ratio, sed verborum *pervenisse ad annum*, quicunque tandem is sit, vis aperiatur.

7) Non veniunt. Matthæac. *Lib.* 3. *Epit. Legat.* Ca. 23. Uti nec in conditione, *Si liberos habuerit L.* 51. §. 1. *de leg.* 2. (1) quia testamenti verba naturaliter accipi debent (2) Ne in potestate legatarii sit ex casuali conditione facere potestativam A. Fab. 1. *Iurispr.* 10. *Pr.* 4. *Ill.* 12. Sed num conditionem, *si sine liberis*, naturales liberi deficere faciunt, & substitutum excludunt? Aff. Dd. vulgo per *L.* 17. §. 4. *ad Trebell.* Mattæac. *d. Lib.* 3. C. 20. *n.* 1. Forst. 6. *de Success.* 25. Negant, & rectius Connan. 10. *Comm.* 1. *n.* 6. Duar. *de Iur. delib. Cap.* 2. *f.* 425. Coras. 1. *Misc.* 7. 1. *per L.* 6. *de his qui sui*. 2. *per leg.* 6. *Cod. de Instit. & substit.* vers. *ut etsi quis naturales* & Gœd. *ad L.* 148.

hoc quæri intelligendum est, qui proprie liberi dicendi sint, hoc enim sequimur, ubi voluntas non refragatur; ut ante dixi. *L. fideicommissum.* 76. *eod.*

III. At non pauciora exempla sunt, quibus e diverso ostenditur, ubi intellectum erit, quid testator verbis conditionis senserit, hoc sequendum. Hoc vero potissimum ex fine testatoris, idest, ex eo, quod in conditione præscribenda testator spectavit, si modo id obscurum non erit, deprehenditur. Quo ex genere hæc sunt: quod cum vir uxori, quandocumque liberos habebit, legavit: ibi si mulier divortio facto liberos ex alio procreaverit, non expletam conditionem interpretamur, quanvis verba eam admittant. *L. cum vir.* 25. *L. si vir.* 61. *& seq. eod.* Quod in hac specie, filiæ meæ Severinæ Proculæ, quam Ælio Philippo nuptiis testamento designavi, rogo te, heres, ut prædium Tusculanum des, si Philippo nupserit. Si non nupserit, idem prædium Philippo do lego: in hac, inquam, specie Papinianus hanc conditionem si non nupserit, sic accepit, si nubere voluerit: ut si filia nondum viri potens decesserit, prædium Philippo non putet deberi; quia non est verum eam noluisse, quæ etiam si vellet, nubere non posset; quanvis secundum verba verum sit eam non nupsisse, quæ ne nubere quidem potuerit. *L. pater,* 101. *in princ. eo. tit.* Item, quod idem fideicommisso ita dato, volo restituas, si sine liberis, aut sine filiis decedas, conditionem defecisse interpretatur vel uno filio superstite relicto. *d. L. pater,* 101. §. 1. *eod.* Quæ omnia ex voluntate testatoris, animadverso consilio eius, quod in his perspicitur, facile sumuntur. Nam ut hanc in his exemplis eodem ordine, quo proposita sunt, ostendamus: quod testator uxori ita legavit, si liberos suscepisset, non est valde obscurum, testatorem hoc legato uxorem suam ad studium procreandæ sobolis excitare voluisse: cupiisse denique illam liberos habere. Cur autem vellet eam sibi procreare liberos, summa caussa est: cur vellet alii, nulla omnino. Immo maxima potius, cur nollet: ne aut alienam sobolem in familiam suam mulier induceret, & bona, qua ex re familia turbaretur: aut his ex alio susceptis amorem eo transferret: quod, ut est maritorum amor in uxores, illi aversantur. Se enim solos amari, & perpetuo cupiunt. Quo fit, ut eam quoque rem, quæ huius alienationis caussam affert, oderint.

IV. Quod autem Papinianus in superiore specie, conditionem hanc si non nupserit, sic accepit, si nubere noluerit: ita facere debuisse eadem ex re facile colligitur: Nam qui prædium filiæ legavit, si Ælio nuberet, filiam hoc legato ad nubendum invitavit. Quod adiecit, idem se Ælio dari velle, si filia non nuberet; perspicuum est pœnæ caussa hoc adiecisse, si filia voluntati patris in eo non pareret. Nam pœnæ caussa legatum sic definimus, quod coercendi alicuius caussa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. §. *ult. Inst. de leg.* Quomodo hic prædium ad Ælium transfertur, quo magis filia ademptione deterrita Ælio nubat. At nullius neque consilium, neque institutum est, coercere eum, quem aliquid facere voluit, si ille cum maxime vellet, facere non potuit: sed ita, si cum posset, noluit: nedum patris hoc in filiam statuere. Pœna enim, seu coercitio, delinquentis pœna, & coercitio est. *L. aliud est fraus. D. de ver. sig.* [8] Nullum autem delictum eius, qui etsi vel-

L. 148 *de V. S. n.* 5. Ad *d. leg.* 17. §. 4. Resp. Corasius Papiniani opinionem Ulpianum non approbare, cum dicat voluntatis quæstionem esse. Voluisse autem testatorem naturales liberos præferri certis casibus coniectura est: (1) Quando is hac conditione oneratus, qui non potest habere nisi naturales liberos, ut in specie *L.* 77. §. 1. *ad Trebell.* (2) Si testamenti tempore scit testator gravatum habere solum filios naturales *L.* 67. §. 13. *de leg.* 2. Sed recte dicemus, Papiniani sententiam non damnari ab Ulpiano, ceu videtur Forst. 6. *de Success.* 16. Papiniani sententiam præferenti, sed declarari. Papinianus enim non generaliter statuit naturales esse in conditione, sed in libertino, eodemque conliberto, id est qui in servitute conceptus, quæ ipsa species est *d. L.* 77. §. 13. Aliter Gomez. 1. *Var. Resol.* 5. *n.* 40. Nimis vero audenter A. Fab. 1. *Iurispr.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 1. *pag.* 376. *d. L.* 17. §. 4. verba *& in libertino, &c.* usque ad finem, Tribonianum adiecisse. Nam nititur Faber præsupposito falso, & superius confutato in *not. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 16. naturales olim ex testamento capere non potuisse. Idem *d. Tit.* 9. *Pr.* 5. *Ill.* 14. respondet ad *d. L.* 77. §. 1. aliud iuris esse in filia onerata hac conditione *si sine liberis,* ubi & naturales veniant, quia mater semper certa, aliud in filio; quia pater extra iustas nuptias nullus. Sed si naturales olim plane incapaces, quod ius civitatis eis non fuerit, ceu vult Faber, licet falso, non magis filia, quam filio gravato, in conditione essent.

8) *L.* 148. *& seq. de V. S.* Agell. 2. *Noct.* 13. Repetimus tamen liberum unitatis numero, non tantum in *L.* 32. *pr. C. de inoff. test.* ceu notavit Val. Guil. Forst. *Obse. succes. C.* 5. sed & *L.* 8. §. *ult. Cod. de sec. nupt. pr. I. de Servili cognat.* Licet vero liberum & apud alios auctores in singulis inveniamus, vid. Forst. *d. loc.* Scip. Gentil. *Orig. Lib. sing. pag.* 383. Catellian. Cotta *in Memorabil. v. Liberum.* puto tamen ICtos nostros, quorum fragmenta in Digestis habemus, vix sic usurpasse. Nam licet vulgati Codices *in L.* 34. *de pact.* habeant *nolle liberum esse,* quod de filio post Accursium exponit Connan. 10. *Com.* 1. *n.* 2. tamen ea voa abest a Pandectis Pisanis, cuius loco est vocula *suum* de suo herede exponenda, ut Hot & A. Fab. *ibid.* ac Gœd. *ad L.* 148. *de V. S. n.* 3. Et vulgata lectio de libero homine commodius accipi potest. In *L.* autem 126. *de R. I.* Florentinæ Pandectæ non, *liberum,* exhibent seu *libertum,* P. Fab. *ibid.* Et vulgatam etiam lectionem de filio exponi non debere ostendit Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. susceperit liberos n.* 243 quia phrasis esset incommoda *acquirere* filium, pro *gignere,* & nulla ratio dubitationis, & decidendi apta. Vera igitur sententia hæc: Qui liberum hominem acquisivit, de facto scilicet non est factus locupletior, quia is non est in commercio. Sed hæc παρέργως.

let, voluntati parere non potuit. *L. cum quidam. §. si pupillo. D, de usur.* Quare necesse est ex sensu testatoris hæc conditio sic intelligatur, si cum posset filia Ælio Philippo nubere, non nupserit: id est, si cum posset, & invitaretur, noluerit.

V. De uno filio superstite relicto quod scribit hunc satis esse, ut hæc conditio deficiat ex voluntate testatoris, qua quis restituere rogatus est, si sine liberis decesserit: voluntas ex eo manifeste intelligitur, quod hac conditione liberis eius, qui rogatur, consultum voluit, quos prætulit substituto. Nulla autem ratio est, cur pluribus susceptis ad eos redire rem voluerit, si unus relictus esset, ad hunc redire noluerit. Cum autem hoc ex voluntate fieri dicat Papinianus, non verbi usu, ut fit: non erit dubitandum, quin etsi testator, filiorum verbo usus sit, ut dicat, si sine filiis decesserit, idem intelligi debeat. Quod verbum accipere melius erit ad voluntatis significationem explicandam. Nam alioqui usu loquendi *liberos* de uno filio recte dicimus, quia hoc verbo in [9] singulari non utimur: ut etiam verbi significatione, ac non tantum testatoris voluntate hoc responsum defendi queat, si liberorum verbo testator usus sit.

VI. Ex eadem voluntatis interpretatione est, quod placuit, si hæc conditio sit, ut pupillo, aut furioso detur, ibi conditionem non impleri [10] pupillo, aut furioso dando, quod verba efficiebant: sed ita, si tutori, aut curatori datum sit. *L. si fundus. 13. de cond. & dem.* Quis enim non videt, qui pupillo, aut furioso dari voluit, his eum consultum voluisse? Hoc autem ita fit, si iis detur, quorum in potestate sunt, per quos res asservabuntur. Ipsis si datum erit, futurum est, ut ex eorum imbecillitate datio pereat; quæ Marcelli de hac re ratio est in *L. servus decem. 68. D. de sol.* Nec adversatur huic sententiæ, quod si deportato iusserit testator dari, ei ipsi dandum esse iam ante diximus, cui tamen constat, ne acquiri quidem unquam, quod datum est. Non sunt enim aliæ personæ deportato, quibus dando efficiatur, ut ei melius consulatur. Quod si essent, idem illic quoque responsuri essemus. Nunc quia nullæ sunt, illi ipsi saltem dandum esse dicimus.

VII. Sed illuc redeo, ita a verbis conditionis recedi licere, si appareat aliud sensisse testatorem, quam quod verba exprimunt. Quod nisi constet, hoc præceptum tenebimus, omnino verbis hærendum esse, ut ad præscriptum, & [11] formam eorum fieri debeat, quod in conditione est. Extra hæc conditio non impleatur, utcumque id fiat, quod iure videatur eumdem effectum habere. Ut puta, certæ personæ dare iussus alii cuilibet dando non implebit conditionem. Quod quidem nullam hæsitationem habet, si hoc quod fit, aliud efficit re vera, quam quod verbis præcipitur. At nos amplius dicimus, etsi quod alii datum erit, ita datum sit, ut si illi ipsi, cui dari ex conditione debebat, non alium effectum iuris res habitura fuerit, nihilo tamen magis conditionem impleram videri. Propone iussum esse legatarium heredi dare. Si dedit eius servo, vi ipsa intelligitur heredi domino dedisse, quia hoc per servum statim acquisitum est domino. Ut hic nihil aliud, quam per servum domino datum intelligatur, si iuris effectum spectemus. Propone e converso, iussum esse servo Titii dare. Si dedit Titio domino, quis non dicat eum vi ipsa fecisse, quod conditio iniungebat? Nam servo dando statim res domino quæsita esset. At nunc domino dando idipsum statim, & recta consequitur legatarius: ut iam videatur quodammodo celerius conditionem implesse. Num ergo in his saltem, in quibus alii dando res eumdem iuris effectum habet, conditionem impleri dicemus? Hoc vero est, quod dicimus, nihilo magis expletam esse conditionem. Hæc Paulus in *L. qui heredi. 44. D. de con. & dem.* Ex quibus hoc volumus intelligi, quod ante potui, nihil nisi præscriptum testatoris in ea re sequendum, ubi mens, & voluntas alio non revocet. Denique eum, qui aliquid dare facere iussus est, implere con-

9) Ita & Forcat. Necyom. *Dial.* 30. *n.* 7. non posse dici filiam immorigeram, quæ morem gerere non potuit: & Gomez. 1 *Var. Resol.* 3. *n.* 10. Vix genuina hæc ratio, cum pœnæ caussa relictum iure Pandectarum non subsistat. Matthæac *Lib.* 2. *de Via Iur. Cap.* 13. *n.* 17. *&* *seqq.* hoc esse ex natura conditionis potestativæ nondum maturæ, quia hic impubes nec velle, nec nolle potuit, cum privatio præsupponat habitum. Ex hoc autem textu ostendere voluit Baldus (redarguens confidentiam Philippi Regiensis, iactitantis se ex tempore in ultimis voluntatibus cuique responsurum) substitutionem, licet in hereditate complectatur utrumque casum, *si noluerit*, & *si non potuerit*; in legatis tamen continere unum, *si noluerit*. Quod non placet Matthæacio *d. loc.*

10) Pupillus autem sine tutoris auctoritate conditioni parere potest tam in institutione, *L.* 26. *de Cond. inst.* quam legato *L.* 5. *pr. hoc tit.* In servo autem, & filiofamilias sine iussu patris, vel domini implente, distinctio est inter legatum *d. L.* 5. §. 1. & hereditatem *L.* 25. *de cond. instit.* Alb. Gentil. 1. *Lect.* 5. contra Cuiac. 2. *Observ.* 16. qui negationem ex *d. L.* delet, ut & A. Fab. 31. *de Error. Pragm.* 8.

11) Hinc illud vulgatum: Conditiones debere impleri in forma specifica, vid. Gomez. 1. *Var. Resolut.* 12. *n.* 77. Matthæac. *Libr.* 3. *Epit. Legat. C.* 11. *n.* 10. *&* *seq.* Gœd. *ad L.* 102. *de V. S. n.* 2.

conditionem, si id ita dederit, fecerit, ut iussus est. Qui secus facit, eum nihil agere, etiamsi hominum opinione, & iure res idem momentum habere videatur.

VIII. Sed quo magis res intelligatur, quæ non ita expeditam omnibus rationem habet: age, eadem ista exempla paulo explicatius proponamus, eruamusque in his superioris sententiæ rationem. Ergo servo alieno herede instituto, heredi quis dare iussus est. In quo personam servi demonstratam esse constat, utpote heredis instituti. Et quidem si ei servo datum sit, iure ipso non alii res acquiri potest, quam domino, ita ut ne momento quidem apud servum res maneat. *L. placet. D. de acq. her. §. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* Faciamus, legatarium domino servi dedisse. Nonne eum conditionem implesse dicemus, eum si servo datum esset, res eumdem exitum habitura fuerit? non enim addo, quod iure dominus heres est: propterea quod non est hoc satis, nisi etiam sit iudicio testatoris. *L. qui liberis. §. ult. de vulg. subst.* Et placet, domino inutiliter dari. Nec ad rem pertinere, quod quæ sunt iuris, ad dominum transeunt; ut tenendarum rerum persequendarumque ius, & potestas. Quæ enim facti sunt, non itidem transeunt: id est, quæ in persona servi fieri, & impleri debent, ea in persona domini non possunt fieri, ut quidem in servi persona impleta videantur. Idem e converso probatum est, si quis Titio domino dare iussus, servo Titii dederit. At certum est, si quis servo dederit, eadem opera idem domino acquisitum iri. Quod si fit, datum est. Nihil enim aliud est dare, quam dominium transferre. Hæc, inquam, Paulus in *L. qui heredi. 44. in prin. de cond. & dem.* Cur ergo aut servo dando, aut domino conditionem non implemus, cum utrumque idem valeat iure? Quia non quo res abitura sit, consideramus: sed quid testator fieri voluerit, ut eum voluerit, an etiam factum sit, quærere debeamus. Utrumque autem verum est, & qui domino dederit, servo non dedisse: & qui servo dedit, domino dedisse non videri. Sed & in iudicio testatoris, & re ipsa, utrum fiat, non parum interest. Qui scis enim, an testator servo datum voluerit, ut hoc ipsum sciret per se factum esse, ut hoc domino acquireretur, ut vel hac saltem quasi gratificationis opinione se domino gratiorem factum suspicaretur, & gauderet? Nam illud dubitari non potest, quantum in re ipsa intersit, utrum servo potius datum sit, quam domino. Potest enim servus pecuniam intervertere. Quam, ut non intervertat; tamen quandiu dominus eam non habebit, non sane poterit ea uti. Eiusdem rationis est eum superioribus, quod placuit legatarium iussum dare heredi, non implere conditionem heredis heredi dando. *L. sub diversis. 51. §. 1. D. de cond. & demonst.* Nam heres heredis proprie non est heres testatoris, etsi iure habetur per consequentiam successionis. *L. 3. D. de hered. pet. L. ult. C. de hered. instit.* Certe iudicio testatoris non est eius heres. *L. qui liberis. 8. §. ult. D. de vulg.* Sed hoc libertatis favore in servo non servatur. Quem heredi decem dare, & liberum esse iussum, placet heredis heredi dando ad libertatem pervenire. *d. L. sub diversis. 51. §. 1. L. cum ita. 94. §. 1. de cond. & dem.* nempe latiore heredis significatione in hac specie propter libertatem recepta. Sed & ante in hac parte satis voluntatem testatoris excepimus: qua diximus fieri, ut iussus pupillo, aut furioso dare, non modo tutori, aut curatori ad conditionem implendam dare possit, sed etiam debeat. *d. L. si fundus. 13. de cond. & dem.*

IX. Hæc de modo implendæ conditionis. Ad hanc vero implendam, ut quidem hac impleta legatarius aliquid consequatur, etiam illud proxime pertinet, videre, quatenus recte impleatur. In quo hoc quæritur, an totam conditionem impletam esse oporteat prius, quam quidquam ex legato peti possit: an vero possit ita impleri pro parte, ut qui id fecerit, possit etiam legatum pro eadem portione consequi. Quod in his non quærimus, [12] quæ partis præstationem non recipiunt. Frustra enim quæreremus, ubi pars non ante intelligitur, quam cum in totum factum est, quod testator iussit. Itaque constat tales conditiones pluribus propositas, si monumentum fecerint, si insulam ædificarint, in omnibus personis non nisi simul exstitisse; ut tum legatum debeatur, aut ius sit hereditatis adeundæ, cum monumentum factum erit. *L. penult. in pr. de condit. & demonstr. L. fideicommissa. 11. §. penultim. D. de legat. 3.* neque enim aut hic, aut in aliis operibus operis effectio in partes scindi potest. *L. stipulationes non dividuntur. 72. L. in exsecutione. 85. §. secunda. D. de verb. obl.* De his quærimus, ex quibus quid ita dare iussi sumus, ut constet partem dari posse natu-

12) Vid. Donell. noster ad *L. 72. de V. O. n. 55. & seq.*

natura, ut alia pars non detur. Et de hac re sic breviter habendum est. Ut erit legati divisio in principalibus personis, quibus legatum adscriptum est, ita & conditionis futura est, quæ nihil aliud, quam legati onus est. Proinde si legatum ita erit, ut scindatur; scindetur & pro parte rata conditio. Sin aliter, nec conditio scindi poterit. Igitur si uni alicui ita legatum erit, si decem daret: quia legatum, quod uni datum est, scindi non potest, ut partem ipse agnoscat, partem repudiet: *L.* 4. & *L.* 5. *D. de leg.* 2. ob eam caussam nec si ea sit conditio, si duobus heredibus decem daret, aliter ullam partem legati recte petet, quam si utrique quinque, aut, uno omittente, ei, qui solus adiit hereditatem, tota decem dederit. *L. qui duobus*. 23. *de condit. & dem.*

X. Quod si duobus coniunctim fundus hac conditione legatus erit, si decem dederint: quemadmodum enumeratione personarum legatum est divisum, sic est divisa conditio: ut quoniam singuli, si invicem concurrant, partem fundi habent, nihil amplius. §. *si eadem. Instit. de leg.* sic quinque pro se quisque dando conditioni pareant, & legati partem assequantur. *L. cui fundus*. 56. *de cond. & dem.* Idem iuris est, si uni legatum sit, legatum autem in ea caussa, ut solidum capi non possit. Quantum enim hic de legato detrahitur, tantum placet detrahi de conditione.

XI. Varie autem accidit, ut quod testamento legatum est, minuatur, neque solidum capiatur. Alias heres ipse legatorum præstatione exoneratur, idque duabus de caussis. Una, quod ei pars hereditatis interdum aufertur; ut cum patronus testamento liberti præteritus, ab herede scripto bonorum possessione contra tabulas petita partem legitimam vindicat. *Institutionib. de succed. lib.* altera, quod supra dodrantem legatum est. Id quod efficitur lege Falcidia. *L.* 1. *ad legem Falcidiam*. Alias ipsius legatarii ea est persona, ut solidum capere ex testamento non queat. Cuius generis legatariorum nobis exempla hodie non deessent, si ius vetus maneret. Exstant etiamnum hodie in fragmentis Ulpiani tituli exempla huius generis suppeditantes, de cœlibe, & orbo; item de solidi capacitate; item de decimis. Nunc, his sublatis, exemplo uti possumus filiorum naturalium, quibus si legitimi liberi exstent, ad duas tantum uncias capere licet ex constitutionibus. *L.* 2. *C. de natural. lib.* Alias ipsa voluntas testatoris totum petere ex testamento non sinit, quod ab initio legatum erat. Nam si hic partem ex toto, quod legarat, alienarit: reliquam duntaxat partem deberi placet. *L. si ex toto*. 8. *de leg.* 1. Cui consequens est, ut idem si partem rei legatæ usucapi passus sit & reliqua duntaxat pars debeatur: quia alienationis quoque genus sit usucapio. *L. alienationis. de verborum significat. L. qui heredi*. 44. §. *si pars. de cond. & dem.* Quid ergo est? nempe hoc convenit in his omnibus, qui minus ex legato capit, quam legatum est, eo minus ex conditione, quæ adscripta erat, dare cogendum: ut quemadmodum legatum scinditur, quod pro parte valet, pro parte non valet; ita scindatur ius dandi ex conditione. Id quod de supra scriptis generibus variis locis responsum est, ut *L. Plautius*. 43. *d. L. qui heredi*. 44. §. *si pars. de condit. & dem. L. ei, cui non amplius. D. de mort. causs. donat.*

XII. Excipit tamen Paulus ex omnibus id legatum, quod lex Falcidia minuit in *d. L. Plautius*. 43. *versic.* diversum. *Diversum est*, inquit, *si Falcidia intervenit, & minuat legatum*. et addit: *nam his casibus nihil repetetur: quia in solidum conditioni paretur*. Cur tamen hic potius, cum lex Falcidia intervenit, & heres legatorum præstatione ultra dodrantem exoneratur, quam cum heres liberti bonorum possessione contra tabulas a patrono petita, & parte hereditatis ablata non nisi pro ea parte quæ reliqua est, legata præstat? Nam hoc casu ipse idem Paulus eodem loco scribit, hoc ius esse, ut, quemadmodum præstatione fideicommissorum, & legatorum heres exoneratur per prætorem; ita etiam ipse ex conditione partem consequi debeat. Qui hoc igitur ab illo differt, ubi heres non quidem per prætorem, sed tamen quod plus est, lege ipsa exoneratur? Et dissimilitudo hæc est, in qua huius iuris, simul & exceptionis ratio constitit: quod cum legatum ideo minuitur, quia pars hereditatis heredi ablata est, legatarius nihil amplius conditionis iure præstare debet, quam quod necesse sit ad legatum consequendum. Atqui huius legati partem tantum ab herede capit. Quamobrem nihil est, quod maiore ex parte ex conditione dare debeat. Cum autem legatum Falcidia minuit, non iam eo legatarius tantum conditioni paret, ut legatum consequatur; (quod si fieret, cum eius duntaxat tres partes ferat; consentaneum foret, ut pro eadem portione heredi daret) sed etiam ut ad contributionem legatorum ab initio admittatur; quod, nisi in solidum conditioni

tioni paritum sit, fieri non potest. Id autem ita se habet: Cum quæritur, an legi Falcidiæ locus sit, idest, an supra dodrantem patrimonii legatum sit, ut quod supra est, id de legatis decidatur, & apud heredem maneat: ratio ita initur, ut ex una parte patrimonium inspiciatur defuncti, quantum sit quo tempore is moritur; ex altera omnia legata testamento relicta in unum conferantur, ut utriusque rei summa collata, & subducta ratione, æstimari possit utrum legata dodrantem patrimonii excedant, nec ne. Quod quærebatur, ut supra diximus. §. *penult.* & *ultim. Inst. de leg. Falcid.* In hac contributione legatorum solidum legatum computari oportet. Aliter an supra dodrantem legatum sit, intelligi non potest. Porro legatum, quod sub conditione datum est, ita legatum est, si conditioni paritum fuerit. *L. legata.* 41. *de condit.* & *demonst.* Ita fit, ut si quis legatum ad contributionem vocari velit, prius conditioni parere oporteat. At enim, quanvis solidum legatum a principio computetur: tamen postea pars ex lege Falcidia detrahitur. Quod efficere videtur, ut quemadmodum si ad partem legati dumtaxat vocaretur legatarius, pro parte conditioni parere deberet: sic si pars detrahatur legati, possit ex eo, quod dedit, partem repetere. Id enim fieret in eo herede, cui pars hereditatis ablata esset; si ab initio legatarius ei solidum implendæ conditionis caussa dedisset, eodem Paulo auctore, *d. L. Plautius in princ.* Sed nihil hoc argumento contra efficitur. Postea quam enim legatarius conditioni parendo consecutus est, ut ad legatorum computationem admitteretur, nihil ex eo, quod consecutus est, amittit. Quanvis enim solidum legatum non consequatur, non eo fit tamen, quin ad computationem legati sit admissus. Adde, quod heres tanquam heres solus solidum accepit. Neque vero cum legata solida non præstat, eo magis heres in solidum esse definit. Quorum utrumque contra, si ideo legatum minuitur, quia prius in persona heredis hereditas minuta est. Nam neque legatarius solidum capit, cum tamen in solidum conditioni paruisset, ut legatum totum caperet: & hereditatis parte ablata, heres pro ea parte esse desinit, qui fuerat. Ut si alia nulla ratio sit, vel hæc una efficere debeat, ne quod conditionis implendæ caussa ei datum est, solidum retineat: cum sit absurdum plus commodi esse apud heredem, quam quantum oneris sustinet: certi autem iuris sit onera hereditaria non esse penes eum heredem, qui in solidum non sit heres, *L.* 1. & *toto titul. C. de hered. act.*

XIII. Sed hæc, inquam, omnis conditionis divisio ita se habet in principalibus personis, quibus legatum datum est. In successoribus non item. Nam quæ conditio uni adscripta ex persona eius non scinditur, ea scindi ex persona heredum non potest, sed omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singulari persona est habendus. Sic verba sunt. *L. cui fundus.* 56. *in fi. de cond.* & *dem.* cuius rei rationem pluribus exposui ad *L.* 2. §. *ex his. D. de verb. obl.*

XIV. Ut ad rationem recte implendæ conditionis illa duo pertinent, quæ ante diximus, videre quomodo impleatur, & quatenus ad aliquid consequendum impleri liceat, in solidumne, an etiam pro parte: ita non minus pertinet tertium, ut norimus quo tempore recte impleatur. In quo quæritur, nihilne referat, quod testator fieri voluit, quando factum sit, utrum vivo eo, an mortuo: & si quis quid facere iussus est, quod sit in illius potestate, utrum nihil intersit, statimne id exsequatur, cum potest, an quandoque, cum voluerit. Ut hic, si apertius, & distinctius dicendum est, de tempore duo quæri intelligantur. Unum de parte temporis, qua, & per quam possit conditio recte impleri. Alterum de temporis spatio, intra quod recte impleatur. Quæ duo auctor rhetoricorum ad Herennium *Lib.* 2. subtiliter ita distinguit, ut prius speciali vocabulo vocet *tempus:* posterius *spatium*.

XV. Et de parte temporis, qua recte impleatur conditio: hoc in iure est, ut si quidem tempus designatum sit a testatore, quo quid fieri vellet, id sequendum sit. Hoc enim est, quod distributione exemplorum indicare voluit Mæcianus in *L. conditionem.* 91. *de cond.* & *demonst.* Sin in incerta voluntate natura conditionum quærenda est, hæc distinctio adhibeatur: ut in eventu positæ quæ sunt conditiones, qualis est hæc, si navis ex Asia venerit; item quæ non quovis tempore, non sæpius, cum libet, impleri possunt, qualis est, filiæ meæ cum nupserit: has sciamus omnes & vivo testatore impleri posse, & mortuo. Quæ autem positæ sunt in nostra potestate, quas easdem quoties velimus implere possimus, veluti, si Titius decem dederit, si in capitolium ascenderit; has non posse impleri nisi post mortem testatoris. Hæc Ulpianus exemplis demonstrat in *L.* 2. & *L.*

& L. hæc conditio. 10. *in princ. de condit. & dem.*

XVI. Videamus, cum omnes conditiones sint, & pariter ad voluntatem testatoris pertineant, quæ ratio esse potuerit huius distinctionis introducendæ: quæ ratio aut nulla, aut perquam obscura ab illo reddita est. Et sane si conditio in incertum eventum, non in potestatem nostram collata sit, eiusmodi est, ut quandocumque is eventus secutus sit, voluntati testatoris satisfactum intelligatur. Neque secus de his conditionibus iudicandum est, quæ plane non sunt in potestate legatarii, ut cum velit, eas iterum possit repetere. Cum autem huiusmodi aliqua conditio est, si decem dederit, si in capitolium ascenderit: id est, ea, quæ in voluntatem, & arbitrium legatarii collata sit, & ex qua, cum semel factum sit, quod in conditione positum est, hoc idem iterum fieri possit: talis est conditio, ut nisi legatarius iudicio id fecerit, non autem fato, non videatur obtemperasse conditioni. Alioqui nihil intererit, ex voluntate conditio pendeat, an fato. Ut autem iudicio fecisse intelligatur, id est, hoc animo, ut voluntati testatoris obtemperaret, etiam illum scire oportet conditionem esse insertam. Et hæc quidem posterior ratio hactenus apposita est ab Ulpiano in *d. L.* 2. *in fi. eod.* Sed hoc etiam deesse videtur. Ut enim hæc omnia concedamus, quid inde efficitur, ut huiusmodi conditiones vivo testatore impleri non posse colligamus? Quid enim prohibet, dicat aliquis, quominus legatarius etiam vivo testatore cognoscere possit insertam esse conditionem? Et hoc pro certo habendum est, neminem quoad testator vivit, hoc scire, & statuere posse, sitne inserta conditio, necne, qui ne illud quidem potest statuere, sitne legatum, an non; testamentum sit, an non sit. Testator enim dum vivit, voluntatem mutare potest; ut dubites, num id legatum, eaque conditio permansura sit, necne, quæ semel adscripta est. Hæc est illa Pauli distinctio, quæ legitur in *L. si iam facta*. 11. *eo. tit.* qua scribit promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur. Veluti, si in capitolium ascenderit, & similia. Non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti si Titius consul factus fuerit. *Promiscuas* vocat, quæ id continent, quod æque hoc tempore atque alio commode fieri potest, [13] quodque potest, quoties velimus, promiscue, & indifferenter. *Non promiscuas*, in quibus non promiscue, non indifferenter id facere possumus, sed aut possumus semel, ut cum uxorem ducere iussi sumus; aut etiam ex eventu pendent, ut in his ea, quæ semel ceciderint, non iterum cadere possint pro arbitrio.

XVII. Cum autem quæritur, intra quod spatium temporis conditio, quæ in potestate nostra sit, impleri debeat, utrumne cum primum licet; an aliquando, quoties facultas erit, id facere sit satis; exstat de eo Iuliani sententia in *L. hæc conditio*. 29. *de cond. & dem.* cuius hæc verba sunt: *hæc conditio, si in capitolium ascenderit, sic recipienda est, cum primum potuerit capitolium ascendere*. Quibus verbis declarat quæcumque conditio est, cui facile pareri possit, hoc exigere voluntatem testatoris, ut ei statim pareatur. Talis est enim hæc conditio, si in capitolium ascenderit. Ex quo intelligitur, eum qui secus fecerit, conditione defectum, ac proinde legato exclusum videri, ut nihil prosit postea in capitolium ascendisse. Id hoc modo conficitur. Qui sub conditione quid legat hoc modo, si capitolium ascenderit, idem sub contraria conditione adimere intelligitur. Ut sit hæc ademptio, si non ascenderit, non do, non lego. *L. quidam. in fin. de cond. inst. L. quibus*. 40. *§. quidam Titio. de cond. & dem.* Iam vero cum ita legatum est illi, si in capitolium ascenderit, effectum est, sic intelligi conditionem, si cum posset, ascenderit. Quare contraria conditione ademptum intelligetur, si cum posset, non ascenderit. Sumpta est autem hæc sententia ex voluntate testatoris: quem verisimile est, quod fieri voluit, id quam rectissime, & citissime fieri voluisse, ne aut faciendi occasio elaberetur, aut ipsius memoria, & præceptum parvi pendi videatur. Publice porro interesse putatur voluntates testantium, quam maxime exitum habere. *L. vel negare. D. test. quemad. app.*

XVIII. Verum hæc sententia in legatis recipienda est. In heredum institutionibus locum non habet. In quibus hæc conditio heredi adscripta, si capitolium ascenderit, si dederit, sic accipitur, si ascenderit, quandocumque potest, si aliquan-

13) Ita melius quam Cuiacius, qui 14. *Observ.* 2. promiscuas dici vel quod sint ἰσχυραί, & promptæ, vel quod nulla fere sit potestativa, quæ non possit esse non potestativa, *L.* 4. *§.* 1. *de her. inst.* Casualis vero potestativa esse nunquam possit, ut si cras tonuerit, &c.

quando dederit. Id ex eo intelligimus, quod traditum est huiusmodi conditiones institutioni adiectas quovis tempore vitæ etiam supremo impleri posse. Neque hoc solum, cum liberi sub huiusmodi aliqua conditione instituti sunt, quod constat, utpote scriptum diserte in *L.* 4. *L.* 5. *D. de hered. instit. L. ultim. D. de cond. inst.* sed & tunc, cum institutus est heres extraneus. *dic. L. ult. illic, quemdam enim refert. de con. inst.* Quod Pomponius non obscure confirmat in *L. si quis instituatur.* 23. *D. de hered. instit.* cum ita scribit, si heres sub eiusmodi aliqua conditione sit institutus, cui parere facile potest, & conditionem trahat, partes esse prætoris, ut ei præfiniat tempus, intra quod hereditatem adeat. Hoc enim nihil aliud est, nisi ut præfiniat tempus, intra quod conditioni pareat, & adeat; (nam nisi conditio extiterit, heres esse non potest) alioqui ei actiones hereditarias denegat. In summa ut cogat eum conditioni parere. Quod si ita cogendus est, neque ei aliter actiones denegantur: fit, ut nisi cogatur, conditioni suo arbitratu parere possit; quod si ipso iure deficeretur conditione eo, quod cum potuisset ei parere, non paruisset; nihil aliud a prætore hic postulandum fuit, ne is creditoribus obstaret. Ac differentiæ hæc ratio videtur, quod in legato nulla caussa est, cur legatarius conditionem trahat: in herede [14] summa. Quippe legatum nunquam; hereditas ut plurimum damnosa. Hanc enim onus æris alieni sequitur; non attingit legatarios. *L. si hereditatem.* 32. *D. mand. L. ult. C. de her. act.*

XIX. Videamus, ne in legatis quoque huic sententiæ refragetur, quod in *L. ita stipulatus.* 115. *D. de verb. oblig.* Papinianus ex Sabino probat. Iudicat enim, si testator ita quid legaverit, si ipse heres aliquid non fecisset, hoc modo, si capitolium non ascenderit, decem dato: itaque legatum a conditione incipiat: Hanc conditionem, si in capitolium non ascenderit, non sic accipiendam si non ascenderit, cum primum potest: sed hoc modo, si non ascenderit aliquando, ut non ante conditio extiterit, quam heres mortuus fuerit. Ac ne quis hæc genera conditionum dissimilia esse putet, si in capitolium ascenderit, de quo nunc agimus, & si in capitolium non ascenderit, de quo loquitur Papinianus: in hoc legato, si in capitolium non ascenderit heres, decem dato, intelligitur hæc conditio contraria ad ademptionem, si ascenderit, ne dato, ut ante quoque diximus. *L. quidam. in fin. de cond. instit.* Unde secundum illam sententiam Papiniani hæc ademptio futura est, si quandocumque potest, capitolium ascenderit, ne dato. Sed dicendum est non sane in eo hæc dissimilia esse, quod alia atque alia conditio in his intelligatur: sed sunt in eo, quod de ea conditione nunc agimus; quæ legatario ita iniicitur, ut, ea impleta, legatum acquisiturus sit; non impleta, nihil sit debiturus. Loquitur autem Papinianus de conditione non faciendi heredi ipsi proposita ad pœnam, qua non impleta, legatum debiturus sit. Hinc voluntatis interpretatio alia atque alia in utroque. In beneficio enim dando voluntas testatoris benigne accipitur: pœnæ interpretatione non sunt adiuvandæ. *L. cum quidam. D. de lib. & post.* Negari autem non potest, quin si verba sequimur, verum sit eum ascendisse capitolium, qui quandoque ascenderit. Ut sive hoc legatum sit, heres meus, si capitolium non ascenderit, decem dato, illo quandoque ascendente conditio legato defecerit; sive hoc, heres decem Titio dato, si Titius capitolium ascenderit, Titio quandoque ascendente, conditio extiterit.

XX. Atque hæc quæ de implenda conditione diximus, conveniunt omnia non tantum iis conditionibus, quæ in faciendo sunt, sed etiam iis, quæ sunt in non faciendo: Veluti illi decem, si in capitolium non adscenderit; si Stichum non manumiserit. Sive modum implendæ conditionis quærimus, sive implendi tempus. Sit hæc conditio, si in capitolium non ascenderit. Implebit conditionem legatarius id ipsum faciendo, idest, non ascendendo. Si tempus implendi quæritur, id tum futurum est, cum constabit legatarium amplius ascendere non posse, quod eo mortuo, certum fieri incipiet. Nam ante dum vivit, qui hodie non ascendit, potest cras ascendere, ut adversus conditionem faciat. Qua ratione etiam in contractibus, cum quis ita stipulatus est, si in capitolio non ascendero, dabis? traditur perinde esse, quasi stipulatus esset, cum moreretur, dari.

14) Licet enim conditioni parendo citra animum adeundi, non per id heres fiat, nec implementum conditionis fit pro aditione, vel gestione pro herede *L.* 13. *de Cond. inst.* Duar. *de Cond. inst.* C. 5. Pac. 3. Q. 91. Nam potest institutus ex. gr. Titio 10. dare alio consilio: potest ex. gr. Capitolium ascendere religionis caussa. Potest etiam forte dum deliberat implere, ut postquam deliberavit impleta iam conditione, nihil aditionem impediat: iuste tamen conditioni parere recusat, qui dubitat, an alicui bono futura sit sibi impletio. Nam factum revocari nequit. Datum quidem potest condictione repeti, si postea repudiaverit *L.* 1. §. 1. *de cond. ca. da.* sed interest potius retinere quam repetere *L.* 3. *de compens.*

ri. §. *si quis ita*. *Inst. de ver. obl.* Unum hic dissimile est a cæteris conditionibus, cuius monendi opportunus hic locus fuit. Etsi enim ne ea quidem conditio, quæ in non faciendo est, in testamentis prius pro impleta habetur, quam certum esse cœperit, amplius fieri non posse, quod in conditione erat: non tamen is eventus semper exspectatur, ut in contractibus. *L. hoc iure*. 10. *D. de ver. obl.* Sed ita ius est, ut si conditio collata sit in potestatem sive legatarii, sive heredis, qua iniungatur, ut quid faciat, non exspectetur, dum certum sit conditionem exstitisse, idest, nihil neque adversus eam factum esse, neque deinceps fieri posse. Sed, desiderante eo, cui hæc conditio iniecta est, statim repræsentetur relictum. Sive ea est hereditas, sive legatum, aut fideicommissum: dum is caveat, nihil se eius facturum in posterum, quod testator vetuit. Si contra fecerit, una se & rem, & fructus eius rei, sive id quod interest eius, ad quem ea res pertinet, restituturum. Hæc est illa cautio, quæ vocatur *Muciana*, cuius utilitas dicitur consistere in conditionibus, quæ in non faciendo conceptæ sunt, puta si in capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit, & similibus. Cuius cautionis remedium non in legatis solum, verum in [15] hereditatibus quoque admissum est: sic enim de ea scribit Ulpianus in *L. Mucianæ*. 7. *D.* de con. & dem. *Muciana* dicta a Q. Mucio Scævola videlicet, quem constat de iure scripsisse, multa suis civibus cavisse. Quo in genere cum ab illo & inventa, & composita cautio esset, dici cœpit ab auctore Muciana. Quomodo Aquiliana stipulatio dicta, quæ a Gallo Aquilio huius Mucii discipulo composita, & inducta est. Ut & regula Catoniana, quæ auctorem Catonem haberet. De quo etiam dixi supra in regula Catoniana. Utilitatem huius cautionis & remedium nominat Ulpianus, & recte: quia cum ex superioribus conditionibus non prius legatarius legatum, heres hereditatem consequi possit, quam si certum fiat amplius fieri non posse, quod testator vetuit, si quidem penitus huius conditionis eventum exspectare volumus, ut fit in cæteris conditionibus: hic beneficio, & remedio huius cautionis interpositæ superiores consequuntur, ut statim repræsentetur tum legatum, tum hereditas.

XXI. Atque in hac repræsentatione versari istam utilitatem, & remedium constat ex *L. heres meus*. 79. *§. qui post*. *L. cum sub hac*. 67. *D. de cond. & dem.* Nec minus iisdem locis docemur, cautionem Mucianam continere eam promissionem quam supra indicavi, nisi quod de eo, cui caveri oportet, superioribus locis nihil adiicitur. Hoc ergo sumendum ex *L. is cui*. 18. *eo. tit.* ubi de eo hæc definitio est: *is cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione hoc legatum, eave hereditas pertinere potest:* Ergo cavebit legatarius heredi, a quo legatum accipit; heres coheredibus suis, si forte pluribus institutis unus sub huiusmodi aliqua conditione fuerit institutus. Quod si unus solus institutus sit, quia non habet, cui caveat, placet conditionem pro [16] imple-

15) Et in donationibus mortis caussa, *Nov.* 22. *C.* 44. §. *ult.* Cuiac. 14. *Obs.* 32. Gomez. 2. *Var. Resol.* 4. *n.* 16. Sed bene monet. A. Fab. 2. *Coniect.* 16. non id indistincte verum esse, sed tantum in casu illius Novellæ inter coniuges, videlicet ubi ratio specialis, ne alias quod in honorem bene transacti matrimonii relictum est, non ipsi coniugi, cui honor habitus est, acquiratur, sed ipsius heredi. Non autem huic cautioni locus in donationibus inter vivos; nec in stipulationibus, ac contractibus. Ratio differentiæ. Legatum ex sola defuncti voluntate pendet, qui his verbis ex. gr. *Si Capitolium non ascenderit*, non contulit id nominatim in ultimum vitæ momentum: Stipulatio valet ex utriusque consensu, nec tantum videndum quid unus, sed & quid alter senserit. Et imputari potest, quod Lex non apertius dicta contractui. Ita Cuiacius. Sed solidior, & verior videtur ratio Fabri, de qua *N.* 18. Sunt qui dissentiant, quos refellit Gomez. 2. *Var. Resol.* 11. n. 37. & Fore. Necyom. *Dial.* 94.

16) Sed A. Gentil. 4. *Lect.* 13. si unus ex asse institutus, caveri debere heredibus legitimis futuris per rationem *L.* 18. *h. t. & per tex. Nov.* 22. *C.* 44. §. *ult.* Ad *d. L.* 7. §. *1.* Respondet Gentilis, non eam esse in specie illic proposita, decisionis rationem, quod ab intestato venienti non caveatur, sed quia adeundo vere impletur conditio negativa illic ab herede marito. Efficitur quippe ne petere, & exigere possit dotem. Nam a quo peteret nisi ab uxore. Atqui huic heres ipse est, & solus. Et recte, convenienterque ipsis §. *1.* verbis non obscuris, ut mirandum videatur hoc quidem loco motum nostrum, cum DD. vulgo statuere unico heredi scripto, conditione hac adiecta, remitti præstationem cautionis. Male autem omnino Cuiac. 5. *Obs.* 2. & ipse putans (ac recte hoc) legitimo caveri. Resp. ad *d. L.* 7. §. 1. ibi conditionem fieri impossibilem, rem omnino invertens. Quin immo fit conditio plane contraria impossibili, & si sic vocare licet necessaria, seu omnimodo exstitura *L.* 9. §. 1. *de novat.* cuiusmodi actum non suspendit, sed is purus est *L.* 7. *de V. O.* Si impossibilis esset, non posset non petere dotem maritus. Atqui hic non potest petere, & necessario exsistit quod est in conditione, *non petere dotem*, non vero necessario deficit. Impossibilis quodammodo cautio hoc casu dici poterit, non conditio. Obstat *L.* 5. §. 1. *de cond. inst.* Cuiac. 5. *Obs.* 2. ideo ibi esse conditionem impossibilem, quia servus adita hereditate desinit esse hereditarius, ideo non posse cautionem interponi de eo, quod fieri nequit. Pro tempore autem ante aditam hereditatem frustra caveret mox aditurus. Quibus addere potes, quod etsi non mox aditurus, certum tamen sine cautione sit, non alienaturum eum servum, cuius dominus nondum effectus. Sed recte responsionem hanc refellit Gentil. *d. C.* 13. (1) Quia rationi huic etiam eo casu, quo heres datus, locus. (2) Sæpe etiam dicitur hereditas quæ adita *L.* 10. §. 2. *de Vulg.* & testatoribus hæ subtilitates ignotæ. Respon. igitur Gentilis, impossibilem dici conditionem, non quia non sit, de quo caveatur, sed quia non est cui. Contendit autem *d. L.* 7. accipi debere, si nulli sint, ad quos hereditas pervenire possit, scilicet substituti, vel legitimi. Quæri enim ibi, & explicari non quibus cautio præstanda, sed si præstanda, quomodo impleri conditio debeat. Sed hæc ut aures demulceant, animum non saturant. Nimia hæc divinatio est, & generalis decisionis ad casus raros, & insolentes restrictio. Quidni vero hoc

pleta habendam: eoque non impediri eum, quominus statim adeat hereditatem. *L. Mucianæ. 7. in fin. de cond. & dem.*

XXII. Habet autem hæc [17] cautio satisdationem; quia sine satisdatione non satis idonee heredi, eive ad quem res reditura est, caveatur, *d. L. cum sub hac. 67. L. hoc genus. 106. D. de condit. & dem.*

XXIII. Sed cur in hoc genere conditionum testamento iniectarum, non similiter earum eventum, & impletionem exspectamus, ut in contractibus, cum quid sub eiusmodi aliqua conditione stipulator stipulatus est? Quia in contractibus certa lex ab initio stipulationi dicta est: quam invito debitore mutare non licet. Cuius hæc mens est, ut quoad per legem stipulationis conceditur, quam minimo teneatur. *L. vero. 12. D. de solut.* Non sic in testamentis voluntatem testantium interpretamur: sed hoc modo potius, ut quibus testamento suo consultum voluerunt, his quam plenissime consulatur, quod sine fraude, & incommodo voluntatis testantium fiat. *L. in testamentis. D. de regul. iuris.* Quod in hac specie repræsentato statim legato, & superiore cautione interposita, efficitur. Hoc enim præstat hæc cautio, ut aut huius metu nolit legatarius unquam contra conditionem facere; aut si contra faciet, res legata sic ei avocetur, quasi nunquam esset tradita, idque heres propter satisdationem tuto consequatur.

XXIV. Sed si voluntatem testantium sic interpretamur in hac specie, ut diximus, cur hac cautione in his conditionibus, quæ in non faciendo sunt, in testamentis introducta, non eamdem in iis, quæ in faciendo sunt, recipimus, ut cui legatum est sub conditione, si decem dederit, si Stichum manumiserit, statim legatum accipiat, si caveat se decem daturum aut Stichum manumissurum? Eo fit, quod cum possit legatarius dare aut facere, quod iussus est, nisi ita dederit, fecerit, non est audiendus. Dando enim, aut faciendo, quod dare facere debemus, non promittendo nos daturos, aut facturos, huiusmodi conditiones implemus. Cum autem conditio in non faciendo est, nihil aliud in hoc genere de se præstare potest legatarius, nisi promittere se non esse facturum, quod conditio fieri non vult, in eamque rem quod necesse sit, idoneam cautionem heredi offerre.

XXV. Sciendum tamen non in omnibus conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, locum esse Mucianæ cautioni. In his esse, quæ morte legatariorum finiuntur, veluti, si in Asiam non venerit, & si quæ sunt similes. *L. Titio. 73. de cond. & dem.* Quæ vero vivo adhuc legatario exsistere possunt, in his superiori cautioni locum [18] non esse; sed exspectandum esse eventum conditionis, quo certum fiat amplius contra fieri non posse. Talis est hæc conditio, illi, si Titio non nupserit. Ex qua placet non ante legatum deberi, quam certum esse cœperit illam Titio nubere non posse: quia duobus temporibus accidere possit, ut legataria viva exsistat conditio, si aut interim Titius mortuus fuerit, aut legataria alii nupserit. *L. hoc genus.* [19] *106. L. cum tale. 72. §. 1. L. avia. 77. §. Muciana. L. pater. 101. §. socrus. de cond. & dem.* Si tamen ita legatum sit Titiæ, si a liberis non discesserit, putat Papinianus Titium Mucianam cautionem hic offerre posse, & statim legatum debere consequi: quanvis illa viva possit exsistere conditio, puta liberis interim decedentibus.

ro hoc casu caveatur fisco, ad quem hereditas caduca perventura? Denique non animadvertit Gentilis in specie, quam fingit, cautionem, quodammodo quasi impossibilem videri posse, conditionem non posse. Nam si impossibilis fieret conditio *si non alienaverit*, non posset non alienare, seu necessario alienaret, quod & falsum est, & defuncti voluntati adversum. Acute A. Fab. 2. *Coniect.* 6. ideo impossibilem conditionem hanc vocari, quod cum ante aditam hereditatem impleri debeat, *ex natura cuiusvis conditionis institutioni adiecta*, ea tamen non nisi adita hereditate impleri potest. Quod inde constabat, quia si ante aditionem decesserit heres, non potest dici conditio impleta. Nam quod non alienaverit inde est, quia non potuit alienare eum, cuius dominus non fuit, non quia noluit. Quare omnes non faciendi conditiones, quæ nec cautionis Mucianæ remedio, nec alterius, quam eius, cui adscriptæ sunt, morte impleri possunt, impossibiles. Cur autem cautioni hic locus non sit, ratio ex voluntate testatoris, qua hic ut post aditionem conditioni satisfiat. Quæ præpostera conditionis natura est. Utramque voluit testator: Heredem non prius esse scriptum, quam conditione impleta; & Conditionem non prius impleri quam adita hereditate. Quæ pugnantia sunt, ubi unus heres. Ubi autem coheres datus, utrique voluntati satisfieri potest. Adiri enim potest hereditas a coherede pure scripto; tum conditio ab altero impleri. Aliud esset si sic facta institutio: Titius heres esto, *si servum suum non alienaverit*. Quia hæc conditio ante aditam hereditatem impleri potest, ideoque legitimis cavendum. Ita Faber Quibus quod firmius proferam in presenti non habeo.

17) An hæc stipulatio sit Prætoria, vid. Gœd. *de Contrah. stip. C. 5. Concl.* 19. *n.* 290. qui affirmat.

18) Ita & A. Fab. 2. *Coniect.* 16. quia tunc etiam omissa cautione voluntas testatoris eattum sortiri potest. Quæ inanis esset ubi conditio exsistit demum moriento honorato. Exsistentia enim conditionis non facit, ut legatum sit acquisitum. Non acquisitum vero ad heredem non transmittitur. Itaque legata intercederent, nisi huius cautionis remedium inventum esset. Atque hæc quoque vera ratio, cur cautioni huic in contractibus locus non sit, ut si promitti tibi ex. gr. sub conditione. *Si Capitolium non ascenderis.* Quia ibi exsistente conditione eo tempore, quo stipulator moritur, heredes eius ex stipulatu actionem habeot, vid. & A. Gentil. 2. *Lect.* 1.

19) Ubi A. Fab. *ad L. 7. §. 8. de pact.* voce *nihilominus*, sede sua dimota restituit, *nihilomagis*. Quod loci sententia non admittit, quia sic legatum plane intercideret,

bus. Hoc ille in *L. cum tale. 72. in pr. de cond. & dem.* Quod ita se sentire differit, non quod non fateatur certum ius esse, ubi conditio vivo legatario exsistere potest, ibi Mucianam cautionem cessare: sed quod non existimet in proposito mortem liberorum exspectari debere. Ominosum enim id esse, & repugnare voluntati matris, quæ filios victuros sperabat; certe ut viverent, optabat. Cui voto hæc interpretatio non admittendæ cautionis contraria est. Cur ergo in hoc genere repudiatur cautio Muciana potius, quam in superiore, cum quo citius conditio impleri potest, eo magis videatur legatario consulendum? Putem hanc esse rationem differentiæ, quod quæ conditiones non nisi morte legatarii finiuntur, hæ sunt in solidum in potestate legatariorum, ut merito illorum facto, & fideicommitti debeant. Quæ autem aliquo alio casu ipso legatario vivo exsistere possunt, apparet eas non esse in eorum potestate. Quo fit, ut cum ex casu pendeant, etiam is casus sit exspectandus.

XXVI. Plane si quæ sint conditiones, quæ vivo adhuc legatario finiri possunt, in quibus illud ipsum, quod fieri non debuit, in sola potestate fuerit legatarii; etiam hæ eiusmodi esse iudicandæ sunt, quæ oblata cautione legatarium statim admittant. Qualis est hæc conditio, si Stichum non manumiserit. In qua aperte & sine hæsitatione respondetur a veteribus legatarium uti posse remedio Mucianæ cautionis, ut si cautionem offerat, statim ad legatum admittatur. *L. Mucianæ. 7. L. cum sub hac 67. de cond. & dem.* Et tamen servus vivo legatario emori potest, ut exinde certum esse incipiat eum amplius manumitti non posse. Sed ut servum quis manumittat, in ipsius domini solum voluntate positum est, non etiam servi, qui volente domino etiam invitus manumitti potest.

C A P. XXXIV.

Conditio non impleta, quando iure pro impleta habeatur.

Quæ conditiones non ex facto nostro, sed ex casu pendent, eas omnino impleri oportet. Nulla ex hoc genere non impleta unquam pro impleta habetur. I.

De iis autem, quæ in potestatem nostram collatæ sunt, ita ius est: ut quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur, perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset. Idem est, si per eum fiat, in cuius persona conditioni parendum. II. VIII.

Si per legatarium non stet, quo minus impleatur, non habetur pro impleta; usque adeo, ut etiam morte eius, in cuius persona conditio implenda est, legatarius conditione deficiatur. III. VIII.

Si quis hac conditione institutus sit, si Stichum manumiserit, *& Stichus ante, quam manumittatur, decesserit, conditio deficit.* IV.

Huic sententiæ videri obstare locus Ulpiani in L. quæ sub conditione 8. §. quoties D. de condit. instit. *Vulgaris interpretum distinctio profertur. Confutatur.* V. VI.

Ulpiani locus exponitur. Conciliatur. VII.

Excipiuntur tres species ubi mors non facit deficere relictum. IX. X. XI.

I. DE ratione implendæ conditionis satis. Reliquum est, si forte conditio, quæ impleta non est, aliquando pro impleta iure habetur, quando id conditioni tribuatur, videamus. Ac de toto genere earum conditionum, quæ ex casu, non facto nostro pendent, sic in universum recte definietur, nullam esse huius generis, quam non impleri oporteat: nullam, quæ si impleta non sit, pro impleta debeat haberi. Cum enim in his res omnis pendeat ex casu, necesse est hunc esse eventum, qui exsistente conditione adiiciat legatum legatario: deficiente ea, contrario casu illi adimat.

II. At quid, si [1] conditio in potestatem nostram, & arbitrium collata sit? nonne videatur satis esse, si conditioni pareamus, si pos-

1) Conditiones in triplici sunt differentia. Casuales, Potestativæ seu arbitrariæ, & mistæ *L. un. §. fin a. 7. Cod. de Cad. toll.* vid. Cuiac. 14. *Obs.* 2. Duar. *de Cond. Instit. Cap. 5. f.* 414. Gomez. 9. *Var. Resol.* 12. *n.* 60. Vasq. *Ill. Contr. Lib.* 3. *Cap.* 93. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. *n.* 10. *& seq.* ubi *& n.* 14. non posse de hoc certam regulam constitui quæ conditio sit potestativa, cum ea res facti magis, quam iuris sit *L. 4. §. 9. de her. instit.* ideoque ex circumstantiis æstimanda, & iudicanda.

si possumus. Si autem per nos non stat, quominus pareamus, consentaneum esse, ne quid amplius requiratur? Et in hac re generalis illa regula est non solum ad legata, sed etiam heredum institutiones, nec non stipulationes pertinens, ut quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Definitio totidem verbis tradita in *L. iure*. 24. *D. de condit. & dem.* Eum, cuius interest conditionem non impleri accipimus heredem, & generaliter eum, quisquis est, qui impleta conditione debiturus est. Ex quo est illud Pauli in *L. Iulius*. 81. *in fin. de condit. & dem.* Tum demum pro impleta haberi debere conditionem, cum per eum stat, qui si impleta esset, debiturus erat. Neque aliter refertur superior illa definitio in regula iuris, quæ exstat de hac re in Pandectis Florentinis in *L. in iure. de reg. iur.* Quod rectius videtur, cum sit utrobique definitio eiusdem auctoris Ulpiani, cæteris partibus per omnia iisdem verbis constans. In vulgaribus tamen exemplaribus usque ad hæc tempora etiam hoc modo de hac re regulam constanter traditam legimus, ut dicatur perinde esse, quasi conditio impleta esset, quoties quominus impleatur, fit per eum cuius interest non dico conditionem non impleri negative, ut supra; sed conditionem impleri affirmative: sic regula tradita legitur in *d. L. in iure. de reg. iur.* Nec male [2] hoc quoque: dum eum, cuius interest conditionem impleri, hic intelligamus [3] eum, in cuius persona conditioni parendum, & ad quem ex conditione commodum aliquod rediturum est, ut illic aliquod incommodum. Quæ ita esse facile ex alio Ulpiani loco intelligemus, in quo ille rem totam pœne diserte explicat. ea est. *L. 5. infr. quand. dies leg. ced.* verba hæc sunt: *Si qua conditio sit, quæ per legatarium non stat, quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere conditioni, eius dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: Ut puta, si iussus sim heredi decem dare, & ille accipere nolit. Sed etsi mihi ita legatum sit, si Seiam uxorem duxero, nec ea velit nubere; dicendum erit diem legati cedere, quia per me non stat, quominus paream conditioni, sed per alium stat, quominus impleatur conditio:* hactenus ille. Cui congruit, quod Papinianus respondit. Si pupillus aut tutor eius, conditionem in personam eius collatam impediat, conditionem impletam videri. *L. cum pupillus*. 78. *de condit. & demonst.*

III. Ex quibus apparet, ut conditio pro impleta habeatur, non esse satis [4] per legatarium non stare, quominus conditio impleatur, sed hoc etiam accedere debere, ut per eum stet, qui debiturus erat impleta conditione, aut eum in cuius persona conditioni parendum fuit. Quod ita fiet, si horum alteruter conditionem impleri non patietur, idest, si cum legatarius paratus est dare, aut facere, quod iussus est, horum aliquis admittere recusat. *L. 3. L. si quis testamento*. 11. *L. mulier. in princip. de condit. instit. L. 1. C. de instit. & substit. sub cond. fac. d. L. 5. §. 1. quand. di. leg. ced.* Ex quo intelligi debet, si quis horum nihil recusaverit, quanvis legatario humanitus quid contigerit, ne conditioni pareret, cum id facere paratus esset, conditione tamen eum defectum videri. Plus dicimus etsi nihil in persona legatarii acciderit, sed eius, in cuius persona conditio implenda fuit, conditionem defecisse. Ut puta, qui Titio dare iussus est, ideo dare non potuit Titio, non quia ille nollet, sed quia ante, quam dare posset, Titius vita functus est. Quia per Titium nihil factum est, quominus acciperet, quod oblatum non est, morte eius legatarius conditione deficitur. *L. cum ita*. 94. *in princip. L. penult. in princip. D. de condit. & demonstrat.* Idemque dicendum est, si quis heres institutus sit hac conditione, si Titiam uxorem duceret, & illa ante, quam de conditione

2) Consentit P. Fab. *ad d. L.* 161. Ut nec vocula *non* sit inserenda *d. L.* 24. ut fecit Haloander, ref. A. Aug. 4. *Emend.* 17. *pag.* 218. & vult Hot. 5. *Obs.* 8. nec transponenda in *d. L.* 161. ut sic legatur: *quoties per eum, cuius interest, conditionem impleri non fit, &c.* ceu contendit Goth. *in not. d. L.* 161. Intelligens *per eum, cuius interest impleri*, legatarium, aliumve conditione oneratum. Nam immo sic falsa redditur sententia, quia non sufficit per legatarium non stare, ut noster recte ostendit.

3) Aliter Duaren. *de Cond. instit. Cap. ultim. vir. fin.* æque per eum, cuius interest impleri, intelligens debiturum legatum, vel relictum: uti per eum, cuius interest impleri ut utriusque lectionis affirmantis, & negantis sensus plane idem sit. Sed melius noster. Nam Duareni interpretatio adaptari nequit conditioni institutioni adiectæ. Quis enim ibi qui debeat hereditatem? Et interest mea fieri ex quo, si fiat, commodum, non ex quo diminutionem, & damnum spero. Extenditur autem hæc regula, ut idem sit etsi per tutorem eius, cuius interest, fiat quo minus impleatur *L. 34. de leg. 2. L. 22. de man. test.* ubi Cuiac. 9. *ad Afr.* P. Fab. *ad L. 39. & L. 161. de R. I.*

4) Cuiac. 2. *ad Afr. ad L.* 31. *hoc tit.* sic: Conditio, cui debitor, a quo legatum est, impedimento est, pro impleta habetur *L. 24. hoc tit.* Item quæ deficit culpa eius, in cuius persona implenda est. *L. 5. §. 3. Quan. di. leg. L. 1. Cod. de inst. & subst.* Non autem cui situs impedimento est *L. 23. §. 2. ad L. Aq.* non si mortalitas obstiterit *L. 31. hoc, tit. L. 4. de cond. infert.* non si eius, cui adscripta, facto defecerit *L. 3. C. de cond. infert. L. 2. C. de inst. & subst.* vid. idem 17. *Obs.* 22.

ne implenda ageretur, decesserit, *L. in testamento. 31. de condit. & demonst. L. 1. C. de inst. substit. L. legatum. C. de condit. inser.* Quid ergo interest, dixerit aliquis, quomodo legatarius impeditus sit, quominus Titio daret, utrum ob id quod Titius accipere noluit, an quia Titius mortuus est: cum utroque modo per legatarium non steterit, & si quid in hac re contigit, in Titii persona contigerit, non legatarii? In legatarii persona, & eius facultate nihil interest; in voluntate testatoris plurimum. Ei enim ex voluntate testatoris satisfactum est, cui testator datum voluit sive ille datum sit, sive sit oblatum, & ille accipere noluerit. Ei vero, qui mortuus est, satisfactum esse dici non potest. Neque enim recusavit, cui nihil oblatum est, qui si viventi pecunia offerretur, fortasse eam acciperet. Nec ad rem pertinet, quod per legatarium non stetit, quominus vivo daret, quod enim vivo offerre potuit, casus fecit, non voluntas Titii. Quod autem ille accipere noluit, pro eo est, ut dixi, ac si datum esset.

IV. Quid dicemus, si quis hac conditione institutus sit, si Stichum manumiserit, & Stichus ante, quam manumitteretur, decesserit vel vivo, vel mortuo testatore? Consequens est superioribus scilicet, morte Stichi heredem conditione defectum intelligi. Hoc & Ulpianus probat in *L. inde Neratius 23. §. 1. D.* ad leg. Aquil. *Item Iulianus scribit*, inquit, *si institutus fuero sub conditione, si manumisero Stichum, & Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem hereditatis pretium me consecuturum. Propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare; quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur.* Quibus verbis ostendit Ulpianus, occiso servo etiam vivo testatore, conditionem institutionis deficere; quippe cum fateatur hereditatem dominum adire iam non posse: sed neget eius damni ullam rationem haberi in actione legis Aquiliae, quia ante non esset certa spes fore, ut heres institutus hereditatem haberet, etiam si vellet, & servus viveret, nec posset eo vivo hereditatem adire; & fieri posset, ut heres institutus interim decederet. Nec ad rem facit, quod testator decedere potuit herede, & Sticho vivo. In lege enim Aquilia, inquit, retrorsum quanti plurimi res fuit inspicitur.

V. Quid est ergo, cum hoc exemplum in eadem ratione positum sit, & exempli genere, non ratione distinguatur, cur in hoc potius dubitemus, ut de eo potissimum quaerendum putaremus? Quia videtur Ulpianus idem in hac specie contrarium scribere in *L. quae sub conditione. 8. §. quoties. D. de condit. instit.* Eius verba haec sunt: *Quoties heres iurare iubetur daturum se aliquid, vel facturum, quod non est improbum: actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit, vel fecerit id, quod erat iussus iurare. Mortuo autem, vel manumisso Sticho vivo testatore, qui ita heres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum: non videbitur defectus conditione, quanvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret.* Deinde addit, quod etiam in omnes conditiones valere videatur: *Idem est, etsi ita heres institutus esset quis, Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat; aut, Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat. Nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum. Non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Implenda est enim voluntas, si potest.* Quo quid magis contrarium posse dici videtur? De cuius loci sententia magna dissensio est. Et Accursius de hoc genere toto distinctionem Ioannis refert in *L. 1. C. de inst. & subst.* quam Bartolo, & reliquis interpretibus placere video. Hic igitur ab illis conditionum distinctio talis introducitur, ut dicant quoniam haec conditio, si Stichum manumiseris, eiusmodi est, quae in solius legatarii, aut heredis, cui adscripta est, voluntatem collata sit, eius quoque solius in ea voluntatem esse spectandam; ut si velit Stichum manumittere, nec tamen possit, conditio omnimodo pro impleta habeatur. At si conditio mixta sit: id est, in voluntatem heredis, & alterius tertii conferatur, qualis est haec: si Titio decem dederit, si cum Seia in matrimonium coierit (neque enim Titio decem dabuntur, nisi ille accipiat, neque Seia, nisi voluerit, nubet) in hoc genere, inquam, hoc evenire, ut morte eius in cuius persona conditio implenda est, heres, aut legatarius conditione deficiatur. Quae distinctio quid ad rem pertineat, non intelligo. Nempe enim huc redit, ut Stichus cum manumittitur, quominus liber fiat, recusare non possit. *L. ult. §. licet. C. de test. mand.* cum autem Titio decem offeruntur, possit Titius, si videatur, non accipere. Sed haec ita sunt, si quidem Sticho libertatem, aut Titio decem legatarius dederit. Nunc autem hoc quaeritur, Sticho non manumisso, utrum mi-

minus casu impeditus videatur heres, quominus eum manumitteret qui morte eius impeditus est, quam is, qui decem Titio dare iussus ideo dare non potuit, quia Titius ante decesserit. Quod profecto dici nullo modo potest. Si igitur ideo conditione deficitur, qui Titio decem dare iussus erat, si ob id dare non potuit, quia Titius ante decesserat: etiam is conditione deficietur, qui ideo Stichum non manumisit, quia iam ante Stichus esse desierat. Utrumque enim non fecisse, quod in conditione erat, palam est, & utrique quominus conditionem impleret, casum, id est, mortem eius in cuius persona conditio implenda erat, obstitisse verum est. Aut e converso si in Sticho ideo conditio pro impleta habenda est, quia per legatarium non stetit, quominus illum manumitteret, qui ante decesserat: quid est, cur magis per eum stare intelligatur, qui quominus ex conditione Titio decem daret, morte Titii impeditus est? Hic illorum ratio est, Magis enim onerare voluit testator eum, cui conditionem apposuit, quæ ex voluntate quoque alterius penderet, quam eum, cui illam adscripsit, quæ in eius solius voluntate posita esset. Falsum. Nam etsi is, in cuius persona conditio implenda est, nolit accipere, quod offertur, conditio pro impleta habetur non minus, quam si accepisset. Nihil ergo extranei voluntas, aut recusatio de facultate implendæ conditionis mutat. Superest igitur, ut si qua in re plus oneratus sit is, cuius conditio etiam in voluntatem ulterius collata est, onus in eo sit, quia conditio hæc aliquo modo ex casu pendeat, puta quia mori possit extraneus ille, propter cuius mortem efficiatur, ut conditio in eius persona amplius impleri non possit. At iam ante ostendi, idque ipsum est in promptu, casum hunc ad omnes conditiones ex æquo pertinere, quæ in alterius persona implendæ sunt, ut mori possit is, quisquis est, ante quam illi dari, illi denuntiari quidquam ex conditione potuerit.

VI. Quid, si illud etiam falsum est hanc conditionem, si Stichum manumiserit, in solius legatarii domini voluntate sitam esse? Stichum invitum scilicet manumittere potest legatarius. At potest Stichus ante quamdominus ad manumittendum venerit mori vel repentino; & si de voluntate Stichi quærimus, potest is sibi manus afferre; potest etiam aufugere, ne in domini potestatem veniat. Quibus rebus efficitur, ut quanvis parato domino manumittere, servus manumissioni, & potestati domini se subtrahat. Non est igitur, non dico, hæc conditio, si Stichum manumiserit; sed ne ulla quidem alia in potestate solius legatarii sita, quæ modo talis sit, ut in persona alterius impleri debuerit. Ac vereor, ut ulla in voluntate nostra sita esse dicenda sit. Nam & illi, si capitolium ascenderimus, multa impedimento esse possunt, quominus exsistat, etiamsi ad ascendendum profecti simus. Morte præveniri possumus. Vis fluminis, aut tempestatis repentinæ obstare potest. Potest etiam capitolium ruere. Quæ ut ita non sint, quid ad illud Ulpiani dicent, qui occiso servo nominatim propter occisionem servi deficere scribit conditionem, sub qua heres institutus erat, si servum manumitteret? *d. L. inde Neratius.* *§. 1. ad leg. Aquil.* Interest, inquiunt, 5 utrum Stichus naturaliter mortuus sit, an ab alio sit occisus. Scire velim igitur, cur servo naturaliter mortuo conditionem pro impleta haberi putent. Quid potest esse caussæ, nisi quod cum conditio in potestatem heredis, aut legatarii collata fuerit, mortuo Sticho per eum stare non intelligitur, quominus Stichum manumittat? Quid est ergo, quod magis per heredem stare intelligatur, quominus manumittat, ubi Stichus ab alio occisus est? At cum Stichus est, inquiunt, potest heres hereditatis æstimationem consequi ab eo, qui occidit; ubi autem sua natura mortuus est, a nullo. Quid hoc est? nunquamne isti quid ad rem dicant, attendent? Quasi vero facultas implendæ conditionis ex alieno facto pendeat, non ex voluntate, & iudicio testatoris. Si voluntate testatoris pro impleta conditio hæc habetur, ubi Stichus mortuus est, quia etiamsi vellet heres, conditionem implere non potuit: quid interest, quæso ad voluntatem testatoris, quomodo factum sit, quominus heres Stichum manumitteret, naturane, an alieno facto? Si testator nihil imputari voluit ei, qui cum vellet conditionem implere, non potuit; huius voluntatis fructum heredi, aut legatario alius auferre non potest. At enim potest heres æstimationem hereditatis consequi ab eo, qui occidit. Ita sane potest, si conditio hereditatis defecerit. Sed prius eam defecis-

5) Hanc solutionem dicit Cuiac. *ad L. 39. de R. I.* rationem habere, cuius contrarium noster ostendit. Ipse autem *ibid.* & *17. Obs.* 22. distinguit inter post mortem testatoris occisum ubi iam debuerat manumitti, *d. L.* 23. *§.* 2. & mortuum vivo testatore *d. L.* 8. *§.* 7. & *L.* 54. *§.* 1. *de leg.* 1. ubi non potuerat. Non male. De conditione *Si Stichum manumiserit*. Vid. & Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 2. *n.* 6. 7. & 8.

fecisse aliis rebus probandum erat. Non enim ideo conditio deficit, quia pretium hereditatis ab occisore consequi possumus: sed quia defecit conditio, ideo hereditatis pretium consequimur. Sed fieri aliter non potuit, quin cum semel in principio falsum posuissent, paulatim progrediendo in multas absurditates illorum ratio incurreret.

VII. Non erat scilicet, cur illo superiore loco Ulpiani moverentur, ut hanc distinctionem introducerent. De cuius loci sententia nunc ita dicam, ut intelligatur nihil prorsus fuisse, cur de superiore definitione quidquam commutaretur. Scribit Ulpianus in *L. quae sub conditione* 8. *§. quoties. de cond. instit.* mortuo, vel manumisso Sticho vivo testatore, eum qui ita heres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videri defectum conditione. Institutus est igitur heres non hac conditione, si Stichum manumisisset, sed hac si iurasset, se Stichum manumissurum. At haec conditio remittitur: ut si legatum hac conditione relictum sit, remissa conditione legatum pro puro habeatur; & si legatarius, priusquam manumittat Stichum, decedat, legati petitionem ad heredem suum transmittat. Idque diserte Ulpianus idem testatur in *L. 5. §. sed si ea. D. quand. di. leg. ced.* Plane nihilominus Stichum manumittere debet, quanvis conditio iurisiurandi remittatur, ut ibidem Ulpianus scribit. Sed hoc perinde est, quasi sine conditione, aut quasi sub modo facere id iussus rogatusve esset. Id quod tale est, ut implere debeat, si possit. Ni faciat, cum possit, aut legatum ei auferatur, aut si heres institutus sit, priusquam id fecerit, hereditariae actiones ei denegentur. Quod si id non potest; neque id, quod ipsi impossibile est, ab eo exigemus, & legatum, aut hereditas apud eum nihilominus manebit, quia sub hac conditione non erat ei legatum, aut hereditas relicta. *arg. in L. si fundum per fideicommissum.* 92. *§. 1. de legat.* 1. Inde si poena heredi, vel legatario, vel ei, qui ex ultima voluntate aliquid lucratur, hac conditione iniuncta sit, si non fecerit, quod a testatore iussus erat, puta arbitratu Titii monumentum; placet, eam poenam non committi, si is, qui iussus est facere, non potuit, etiamsi per eum staret, cuius arbitratu iussus fuerat. *L. multa.* 7. *L. in testamento.* 27. *de condit. & demonstrat.* At iureiurando remisso manere conditionem si Stichum manumiserit, & hoc differre a modo innuere videtur Ulpianus: primum, quod non aliter heredem sub hac conditione institutum ait actiones hereditarias habiturum, quam si fecerit, quod facere iussus est: deinde quod subiicit, etsi id factum non sit, cum facere non posset, non videri defectum conditione. Quae movere nos non debent. Non enim quia id facere debet, quod iussus est, ideo in ea re conditio inest. Etenim si in institutione conditio esset, inesset & in legato: quod falsum est. Et res ita habet. Praetor conditionem ita remittit, ut velit heredem prius testatoris voluntati satisfacere. Quod autem ait Ulpianus, heredem, qui Stichum manumittere non potest, non videri defectum conditione: ideo dicit, non quod conditio ulla manumittendi Stichum insit, sed quia conditio ipsa ita remittitur, ut tamen heredi necessitas imponatur id ipsum implendi, quod in conditione fuit, non quasi conditio adscripta esset, sed quasi modus. Denique quam conditionem prius hic vocarat, postea modum nominat. Nec abs re: cum ita scriptum sit in *L. 1. C. de his, quae sub mod.* in legatis, & fideicommissis etiam modum ascriptum pro conditione observari. Sed hactenus pro conditione, ut modus implendus sit, si potest, non aliter quam conditio: sed hoc differat, quod si morte eius, in cuius persona impleri debuit, factum sit, ne impleretur, nihil heredi ea res, aut legatario noceat. *d. L. si fundum per fideicommissum.* 92. *§. 1. de legat.* 1.

VIII. Summa igitur de his conditionibus haec erit, ut si is, cuius in persona impleri debent, aut cuius interest non impleri, quid fecerit, ne impleantur, tum hae pro impletis habeantur. Sin ab eo nihil factum sit; sive ipse mortuus erit, sive quis casus alius obstiterit, quominus impleri possent, quanvis in eo nihil legatario imputari possit, parato alioqui conditioni parere si posset, hic conditione defectus intelligatur. Nec quisquam putet aliud dici a Pomponio in *L. Titius.* 14. *D. de condit. & demonst.* cum in hac specie, Titius, si statuas in municipio posuerit, heres esto, scribit, si paratus est Titius ponere, licet a [6] municipio ei locus non detur, heredem tamen eum fore. Non enim in proposito municipes extranei aliquid putandi sunt, ad quos conditio non pertineat, ut si prohibeant Titium statuas ponere, is aliena vi prohibitus intelligatur:

6) Locus quippe ponendis statuis in municipiis a duumviris, & decurionibus impetrandus *L. 2. de loc. public. fr.* vid. Raevar. *ad L. 96. de R. I.*

tur: sed ii sunt, quibus solis vel auctoribus, vel permittentibus statuæ in municipio poni possint. Ideo hi sunt sine dubio, in quorum persona conditio impleri debere intelligatur.

IX. Hic tamen nonnullas species excipiemus, tres nimirum, in quibus partim ex sensu testatoris, partim singulari iure receptum est, ut morte eius, in cuius persona conditio implenda fuit, non deficiat fideicommissum, sed tanquam ea impleta fideicommissum debeatur; interdum nec alius casus obstet ei, qui conditioni parere non potuit: Prima species est hæc ipsa conditio, de qua modo dixi, si legatarius Stichum manumiserit. De qua Pomponius ita scribit in *L. turpia*. 54. §. 1. *D. de leg.* 1. Ut dicat ex hac conditione legatum deberi, si servi mors impedierit manumissionem: quia per legatarium non steterit, quo minus servus perveniret ad libertatem. Quod quidem superioribus iis, quæ de hac specie ante disseruimus, maxime contrarium videri potest. Sed non est, si quis modo Pomponii verba superiora dextre interpretetur. Intelligemus igitur, hic temperari priorem illam sententiam, eritque hic sensus, conditionem hoc casu impletam videri, si mors servi non quælibet, sed mors sola impediat manumissionem. Quod ita fit, si cum constaret legatarium vivo servo ea facere, quæ ad manumissionem pertinent, puta ad magistratum proficisci manumissionis caussa, interea servus non vi, aut alio casu externo, sed naturali morte obierit. Tum enim videtur impedimentum magis a servo ipso, quam aut a casu, aut negligentia legatarii contigisse. Et in servitute danda magis videtur testator officium, & diligentiam certam manumittendi a legatario exegisse, quam præcisam manumittendi necessitatem.

X. Altera species est in 7 legato annuo, seu alimentorum, quod sub hac conditione relictum est, si legatarius cum matre, aut filio testatoris moretur. In qua specie placuit, ne morte quidem matris, aut filii conditionem appositam defecisse videri, si alioqui per legatarium non staret, quominus cum iis moraretur, & ideo etiam legatum deberi. *L. annua. de ann. leg. L. qui quatuor*. 30. §. *penultim. D. de legat.* 3. *L. Caio*. §. 1. *D. de alimen. & cib. leg. L.* 1. *C. de legat.* Non dubito, quin constitutio ducta sit ex mente, & sententia testatoris. Non enim obscurum est, testatorem hac conditione a legatario obsequium tantum erga matrem, aut filium exegisse. Cui satisfecisse videtur is, qui se ei officio non defuturum fuisse ostendit, si esset, qui cum morari liceret, etiamsi moratus non fuerit. Est enim obsequium in propensione voluntatis, & in animo: qui animus nihilominus in eo est, qui se paratum esse ostendit. Innuitur tacite hæc ratio in *L. illis*. 84. *de condit. & demonstr.* Qua ratione & qui liber esse iussus est, si anno servierit, auctore Paulo, implet conditionem, si per annum ita paratus fuit, ut serviret, etsi quibusdam diebus aut valetudo, aut alia iusta caussa impedimento fuerit, quominus serviat. Servire enim, inquit, nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus ægros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur. *L.* 4. §. *Stichus. D. de statulib.*

XI. Tertia species est in servo hac conditione manumisso, si decem Titio daret. In qua iure singulari, & constituto potius, quam ex testamento placuit, quanvis Titius mortuus fuerit prius, quam servus ex conditione decem daret, tamen servum ad libertatem pervenire etiam nemini dando, sive die cedente ea decem parata habuit, sive postea habere cœpit: tantum ideo, quod tum intelligeretur non stare per eum, quominus decem daret, quod favore libertatis visum est, ad conditionem pro impleta habendam satis esse. Aliter atque in legatariis, quibus quid eadem conditione relictum est. *L. si peculium*. 20. §. *is cui. D. de statulib. L. cum ita*. 94. *in princ. D. de condit. & demonst.* Auxit in hac specie beneficium Iustinianus. Cavit enim, ut quanvis vivat is, cui servus pecuniam ex conditione dare debuit, neque is pecuniam accipere unquam recusarit, sed servus ipse pecuniam, quam ad dandum paratam habebat, casu aliquo fortuito amiserit, nihilominus is ad libertatem perveniat. Hac lege tamen, ut quod dare iussus est, manumissus implere cogatur. Hoc ille in *L. ultim. C. de cond. inser.*

7) Cuiac. 17. *Obs.* 22. hic itidem distinguit, an mater, filiusve vivo testatore mortui, quo tempore impleri conditio non debuit, ac tum legatum deberi *d. leg.* 20. *pr.* an post mortem illius, ac tum non deberi per *L.* 20. §. *ult. de alim. leg.*

CAP. XXXV.

Ubi legatum vel fideicommissum præstari debeat.

De loco, ubi præstandum legatum, si quid testator caverit, id sequendum. I.
Si nihil: species, *ac res* certa *ubi relicta est, non ubi petitur, & si alio sine dolo translata sit. Res vero incerta* genus, *vel* quantitas, *ubi petitur; ut & certa alio dolose translata.* II.
Peti autem potest vel ubi heres domicilium habet, vel maior pars est hereditatis. III.
Si in rem agetur, ibi etiam peti debet, uti est. IV.

I. Quod in circumstantiis præstationis extremum quæri diximus, ubi legatum præstandum sit, res in eo brevi hac distinctione continetur, ut referat, quid hic testator de voluntate sua ostenderit, aut non ostenderit. Si quidem enim ostendit, ubi vellet præstari, ibi præstanda est sine exceptione, cuiuscumque generis res sit, quæ legata sit. Nihil ut intersit, certa, an incerta legata fuerit. Nec necesse est, testatorem de eo nominatim cavere; satis est, si verisimile sit, eum alicubi præstari voluisse. *L. cum res*, 47. *in prin. D. de leg.* 1.

II. Quod si de eo nihil cavit, aut significavit testator: placet, referre, utrum res certa legata sit, an incerta. Certam ibi præstandam, [1] ubi relicta est, non ubi petitur, si forte sit alibi. Incertam ibi, ubi petitur, id est, ubi iure petitur, seu ubi iure peti potest. Idem iuris esse de re certa, si alio translata sit ab herede dolo malo. Si sine dolo: etiam ibi præstandam, ubi est. Hæc summa est distinctionis eius, quæ paulo involutius traditur in *d. L. cum res.* 47. *de leg.* 1. & *L. quod legatur. D. de iud.* Certam rem vocamus speciem certam, rem certo loco comprehensam. Ut Stichum, illum equum, illum bovem. Incertam, rem generaliter legatam, aut rem quantitate, id est, pondere, numero, aut mensura constantem. Ut decem modios frumenti, decem amphoras vini, decem aureos. Ideo de specie certa priorem partem superioris distinctionis usurpari legimus in *d. L. cum res. in prin.* de quantitate posteriorem in *ead. L. §.* 1. & *L. quod legatur. D. de iud.* Quod tamen de quantitate dictum sic accipiendum est, nisi quantitas legata certo loco designata sit, quo illa contineatur. Tunc enim certi loci designatio certum corpus indicat; ut, si legentur centum ex illa arca, decem modii ex illo horreo, decem amphoræ ex illa cella. Idcirco & hoc corpus præstari placuit, ubi relictum est. *d. L. cum res. §.* 1. *de leg.* 1. Hinc apparet rem certam alibi peti, & alibi præstari, si non sit in eo loco in quo petitur. In re vero incerta eumdem esse petendi, & præstandi legati locum.

III. Inde quæsitum, ubi legatum vel fideicommissum peti possit. Potest vero duorum locorum altero, vel ubi heres legato oneratus domicilium habet, vel ubi est maior pars hereditatis. *L. si fideicommissum. in pr. & §. ult. D. de iud.* Sed hac parte incipit res pertinere ad quæstionem de iurisdictione iudicis, ut quæratur, ubi quis de legato, fideicommisso agere, vel conveniri debeat. Itaque & nos huius partis tractationem in eum locum remittemus, quod & a iuris auctoribus factum est. *tit. C. ubi fid. pet. opor. d. L. quod legatur. L. si fideicommissum. & seqq. D. de iud.*

IV. Notandum, hanc locorum distinctionem tunc observari, cum legatum, aut fideicommissum per actionem in personam petitur. Quod si per in rem actionem agetur, placet non solum ibi rem præstandam, ubi est, sed ibi quoque peti debere, ut sit in hac actione idem petendi legati, & præstandi locus. *d. L. quod legatur. in fi. de iud.* Quod & ipsum ad iurisdictionem iudicis pertinens in eam partem remittendum est, ut quæratur generaliter ubi in rem actio exerceri debeat. Quod fit in eodem argumento in Codice sub *tit. ubi in rem act. exer. deb.*

CAP.

1) *L.* 108. *pr. de leg.* 1. Hinc illa decisio: Si servus vivo testatore fugit impensa, & periculum eius retrahendi est legatarii *d. L.* 108. *pr.* Sin post mortem illius, heredis *L.* 8. *pr. de leg.* 2. Et sic accipitur *L.* 39. *pr. de leg.* 1. Cuiac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 108. *pr.* vid. & Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *cir. fin. n.* 84. Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 24. *n.* 2. & 3. Simon de Praet. *Lib.* 4. *de Interpr. ult. vol. Interp.* 1. *Dubit.* 8.

C A P. XXXVI.

Quæ actiones ſint, quæ remedia iure conſtituta legatario, legati fideivecommiſſi perſequendi cauſſa.

Si is, a quo legatum eſt id præſtare detrectet, actionibus iure ad eam rem comparatis cogendus eſt. Hæ tres; quæve ſint. His ex conſtitutione Iuſtiniani peti etiam fideicommiſſa. De legatis quot olim eſſent. I.

Ius, quod de re legata legatariis datum, triplex. II.

In perſonam *ex obligatione quaſi ex contractu nata. Ex quo actio veteribus ex teſtamento dicta.* III. IV.

In rem *ex dominio, quod recta a teſtatore in legatarium tranſit, ſi res quæ teſtatoris fuit, legata eſt.* V.

Actio in perſonam adverſus eum datur, qui de legato obligatus eſt, ſive rem debitam poſſideat, ſive non poſſideat. Actio in rem, rem tantum ſequitur. VI.

Utra actione velit experiri legatarius poteſt; utraque ſimul non poteſt. VII.

Item habet legatarius ius pignoris. *Quatenus.* VIII.

Item legati nomine interdum accipit fideiuſſores; hiſve non datis, mittitur, ſi deſideret, in poſſeſſionem bonorum; & poſt ſex menſes etiam in res heredis. IX.

I. His quæ de re legata, deque circumſtantiis præſtationis eius diximus, recte cognitis, iam tuto, & certo accedemus ad præſtationis exſecutionem, de qua inſtitutus erat ſermo: cum intelligetur ſcilicet, quis, quid, quantum, a quo, quando, & ubi petere poſſit & debeat, ut certa, & inoffenſa eſſe incipiat hinc petitio, illinc præſtatio. Sic enim fiet, ut quod ad hanc normam petetur, ab eo, a quo recte petetur, præſtari debeat. Quid ergo, ſi qui debet præſtare, non præſtet? Nempe hoc reſtat, quod in aliis omnibus obligationibus accidit ut iure cogatur. Cogendi ratio in actionibus iure ad eam rem comparatis. Quæ in legato, omnique fideicommiſſo [1] tres a Iuſtiniano conſtitutæ ſunt, in perſonam, in rem, ſeu vindicatio, & hypothecaria de rebus, quæ defuncti fuerunt. *L. 1. C. comm. de leg.* Et varias iam olim actiones de legato fuiſſe conſtat. Ut declaratur in *L. cum filius.* 76. *§. variis. D. de legat.* 2. *L. ſi ſervus.* 108. *§. cum homo. D. de legat.* 1. Sed cum legati nomine nuſquam pignus conſtitutum, aut hypothecariam proditam legatario in veterum ſcriptis legamus; reſtat, ut priores illas duas tantum in uſu fuiſſe veteribus intelligamus, in perſonam, & in rem. Proinde hypothecariam iſtam Iuſtiniani beneficio acceptam feramus. Illud etiam novi in conſtitutione Iuſtiniani, quod quæ de legatis actiones erant, etiam de fideicommiſſis competere voluit, cum prius de fideicommiſſis non eſſent ordinariæ actiones de legatis, ſed tantum extraordinaria perſecutio. *L. pecuniæ. §. actiones. D. de verb. ſignificat.* Sed cum neque ſuperiorum actionum cauſſæ, neque poteſtas, neque concurſus ſatis intelligantur, & ſint etiam remedia aliquot plura prodita legatariis ad legatum obtinendum: utile erit de his paulo explicatius dicere.

II. Et cum quæritur, quæ, & quales actiones ſint legatariis ad legatum tum perſequendum, tum obtinendum: ſciamus id æſtimandum eſſe ex cauſſis cuiuſque actionis, id eſt, ex eo iure, quod de re legata legatariis datum eſt. Id ius triplex eſt; obligatio conſtituta de re legata; dominium rei legatæ; & obligationis illius principalis acceſſiones, puta pignora, & interdum fideiuſſores.

III. Obligatio ita eſt, ut quiſquis eſt, cui legatum, aut fideicommiſſum recte datum eſt, is de eo præſtando habet obligatum eum, a quo relictum eſt, ſive is eſt heres, ſive legatarius. Obligatio ex quaſi contractu, cum heres hereditatem, legatarius

[1]) Quando concurrere poſſint hæ actiones effectu, ac origine contrariæ vid. Matth. Gribald. *ad L. 1. de leg. 1. tit. de concurſu vindicationis & perſonal. act. ex teſtamento.* De Actionibus legatariorum fuſe Simon de Præt. *Lib. 5. de Interpr. ult. volunt. fere tot:* vid. & Gribald. *ad L. 2. C. comm. de leg. f.* 306. *& ſeqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 14. *& ſeqq.* Quid ſi non agat legatarius, legati relicti conſcius? Heredem tuto retinere, etiam in foro animi, quia iuſte putat legatarium nolle uti liberalitate teſtatoris, Vaſq. 1. *Contr. uſu freq.* 10. *n.* 40. Quid ſi per 30. annos legatum non petitum, an ab herede præſcribitur? Ita DD. quos refert Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 55. *n.* 26. qui tamen *n.* 27: nullam hic heredis eſſe uſucapionem, nec novum dominium ei aduci, ſed priſtinum retineri, ac legatum tempore amiſſum pro non relicto eſſe *L.* 38. *§.* 1. *L.* 68. *§.* 2. *de leg.* 1.

tarius legatum agnoscendo, utrumque cum sua conditione, & suo onere agnoscere intelligitur, scilicet ut præstet, quod testator iniunxit. *§. heres quoque. Institut. de oblig. quæ. ex qua. cont. uaſe.* Ex hac obligatione actio conveniens. Ea est actio in personam competens legatario adversus eum, a quo legatum relictum est, qui idem de fideicommisso præstando est obligatus: sive is est heres, sive legatarius, aut alius a quo utiliter relinqui potest. Sic enim est descriptio actionis in personam ut semper sit adversus eum, qui nobis obligatus est *§. 1. Instit. de act. L. actionum. D. de oblig. & act.* Genere actionis cognito, vis & potestas actionis facile ex iis locis, qui sunt de hac actione, petetur. De quo & suo loco dicetur. Adfert hæc obligatio, & actio necessitatem præstandi ei, qui ex legati, fideivecommissi caussa obligatus est; cum ita definiatur obligatio, ut sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur rei debitæ solvendæ: *Inst. de oblig. in prin.* Huic necessitati nisi debitor paret, cum exigitur legatum ab eo, suscipitur hoc incommodum cum bonæ fidei iudiciis commune, ut pecuniæ legatæ usura, & fructus speciei alicuius legatæ accedant. Semper quidem ex tempore litis contestatæ, ut omnibus pœne rescriptis testatum est, quæ exstant sub *tit. C. de usur. & fruct. leg.* Sed hoc amplius [2] ex mora, quanvis ea extra iudicium intervenerit, exemplo bonæ fidei iudiciorum, quibus in hac re visum est legata, & fideicommissa comparari. *L. 3. in pr. D. de usur. L. in minorum. C. in quibus caussis in int. rest. nec. non est.* Nec debitorem legati hac necessitate præstationis ulla res eximit, nisi liberatio ab obligatione his modis contingens, quibus quoque obligatio tollitur. Quorum nullus cum sit proprius legati, sed in commune, & ex æquo ad omnem obligationis liberationem singuli pertineant: quæ in una cognitione posita sunt, seiungere, & distrahere non debemus; multoque minus, quod omnium commune est, unius obligationis tanquam proprium facere. Quibus rebus nihil est a recta docendi ratione alienius. Hoc eo dico, quia multis locis, & multis verbis in hoc tractatu in legatis ingeruntur hæ regulæ duæ; Una, si res legata sine culpa heredis perierit, aut non reperiatur, legatarii damnum esse: *§. si res legata. Inst. de leg. L. non amplius 26. §. 1. de leg. 1. L. omnia. 32. §. species. D. de leg. 2.* Ex quo illa sunt, quæ de accessionibus, & partibus rei principalis peremptæ traditæ sunt. *L. 1. L. 3. L. 4. D. de pec. leg. §. si quis ancillas. §. si grex. Institut. de leg.* Altera, si res legata ex alia caussa lucrativa ad legatarium pervenerit, debitorem liberari. *§. si res aliena. Instit. de leg. L. si servus. 108. §. Stichum. D. de leg. 1.* Atqui nihil hic de legati debitore dicitur, quod non item alibi de omnibus aliis debitoribus eodem genere liberandis definitum legamus. Prius generaliter traditum in *L. quod te. D. si cer. pet. L. si ex legati. D. de verb. oblig.* posterius generaliter in *L. omnes. D. de oblig. & act.* Discamus igitur, quod omnium liberationum commune est, in eam partem reiicere, ubi de obligatione, & debitorum liberationibus ex professo agitur, quod fiet suo ordine postea.

IV. Hæc in personam actio de legato ea est, quam veteribus in usu iuris actionem ex testamento dici legimus. *§. si res aliena. Institut. de leg. L. servo. 69. §. ult. L. non quocumque. 82. in princ. L. quæsitum. 91. §. ult. de leg. 1. L. qui concubinam. 29. §. si heres. de leg. 3. L. alias. D. de in lit. iur.* Nempe ideo, quod legatorum solum caussa competebat, quæ olim nisi testamento relinqui non poterant. *§. præterea. Institut. de fid. her.* Ideo nec de 3 fideicommissis competebat, quæ ut plurimum relinquebantur codicillis: sed erat de his, ut dixi, extraordinaria persecutio. *d. L. pecuniæ. §. actionis. de verbor. significat.* Hodie harum rerum differentia sublata constitutionibus Iustiniani, & iisdem actionibus de utroque genere pariter constitutis, sive hæc testamento relicta sint, sive codicillis, *L. 1. L. 2.*

2) Fideicommissa tamen etiam iure Digestorum non ex officio iudicis tantum, quod nullam præsupponat obligationem, sed & iure actionis petita probat Gribald *ad L. 2. C. comm. de leg. per L. 6. in fin. de leg. 3. in verbis rogando obliges*, ac A. de Padilla *ad Rub. de leg. 2. n. 4. per L. si res 20. L. 4. ibi utilibus actionibus L. 23. verbo vendicare de leg. 3.*

3) Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *n.* 22. Si species, ac res propria legata, fructus præstandos a tempore mortis, quia exinde transit dominium in legatarium; perceptos tamen. Percipiendos autem venire tantum a tempore moræ. Sin legatum in parte consistat, & quota bonorum, a die moræ, quia non æque transit dominium *L. 23. de leg. 1.* Sin universitas relicta, ut grex, a tempore mortis, immo testamenti, quia reputatur idem corpus, & legatum *L. grege 21. de leg. 1.* P. Fab. *ad L. 99. de R. I.* Non a die mortis, scribit, sed demum a lite contestata fructus præstantur *L. 1. §. ult. & L. ult. C. de usur. & fr. leg.* quia donec ad iudicem vocatus sit heres, ignorare potest quantum solvere debeat; postea non potest, utpote in mala fide constitutus. Quæ ratio inconveniens. Quidni enim antea ea ipsis testamentariis tabulis liquere possit aperte heredi, quantum relictum sit. De fructibus legatario solvendis, pluribus Copus *Lib. 2. de Fruct. Tit. 3. C. 3. & 2. seqq.* Corras. 2. *Misc.* 2. Fachinæ. 12. *Contr.* 68. Simon de Præt. *Lib. 3 de Interpr. ult. vol. Interp. 3. Dub. 5. sol.* 2. A. Fab. 7. *Coniect.* 3. And. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 28.

L. 2. *C. comm. de leg.* non iam actionem hanc in personam vocabimus ex testamento (quid enim si instituatur de re codicillis relicta?) sed actionem ex suprema voluntate, & iudicio defuncti. Sic enim fiet nomen rei consequens; quod fieri debere bene monet Iustinianus in §. *sed nos. Inst. de donat.*

V. Accedit ad obligationem de re legata constitutam legatario, eiusdem rei legatæ dominium, quod recta a testatore ad legatarium transit, ut suo loco diximus. *L. legatum* 80. *D. de leg.* 2. *L. a Titio. D. de fur.* 4 Si tamen & testatoris res fuit, non etiam si aliena. Nemo enim plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habuit. *L. nemo plus. D. de reg. iuris.* Hoc dominium rursum novam actionem in re legata legatario tribuit: nempe in rem, seu rei vindicationem. Idque non singulari aliqua ratione propria legatorum: sed iure communi, quo fit, ut in rem actio competat omnibus, qui iure gentium, aut civili dominium rei acquisierunt. *L. in rem. in princ. D. de rei vind. L. actionum. D. de oblig. & act.* Hinc hæc actio cui detur, & adversus quos potest intelligi.

VI. Illud constat, actionem in personam adversus eum dari, qui de legato obligatus est, sive rem debitam possideat, sive non possideat. Actionem autem in rem, rem sequi tantum, ac propter rem eius rei possessorem, eumve, qui dolo desiit possidere. Sive is est, qui legatum debuit, sive alius extraneus quivis. Quod ex suis locis petendum est, ut *d. L. actionum. de oblig. & act.* §. 1. *Inst. de act.* ubi de hac re scripsimus, & dicendum erit postea suo loco in iudiciis instituendis.

VII. Hæ actiones in re, quæ legatarii facta est, ita concurrunt, ut liceat ei, utra velit, experiri. *L. cum filius.* 76. §. *variis. D. de leg.* 2. *L. si servus.* 108. §. *cum homo. D. de leg.* 1. Neque illi oberit, quod traditur, neminem rem suam condicere posse, id est, actione in personam petere, præterquam a fure. *L. ult. D. usufruct. quem. cau.* §. *sic itaque. Inst. de act.* Sane enim non potest, si rem suam petat tanquam suam. At si omissa dominii quæstione petat tanquam debitum: quominus recte petat, nihil est impedimento. Nam & rem nostram alii commodare, locare, apud illum deponere possumus. Ex quibus tamen caussis constat nobis de eadem re esse in personam actiones, commodati, locati, depositi.

VIII. Habet præterea principalis obligatio de re legata suas accessiones adiunctas, pignora scilicet semper, interdum & fideiussores; quibus rebus plenius legatario cautum sit. De pignoribus ita constituit Iustinianus in *L.* 1. *C. comm. de leg.* ut si legatum ab herede relictum sit, iubeat eius legati nomine res hereditarias omnes non etiam res heredis proprias, pignori esse obligatas, idque ipso iure sine alia conventione. Sin relictum sit a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quæ onerari fideicommisso potest: hactenus hypothecam eo nomine inducat, ut iubeat eius personæ res eas tantum pignori esse, quas a testatore sit consecutus, ut ita cum in herede, tum in aliis, qui fideicommisso onerati sunt commune hoc ius efficiatur, ne quisquam ex his legati nomine res suas pignori obligatas habeat, sed eas tantum, quæ a testatore ad eum pervenerint. Atque hinc de his rebus hypothecaria actio, quæ in rem est, de qua breviter scripsimus ad §. *item Serviana, Institut. de action.* plenius in libro de pignoribus. Illud tenendum erit in rebus hereditariis, quas pignori esse ex hac caussa diximus, 5 non esse numerandam rem testatoris, quæ legata sit. Effectum est enim supra hanc statim factam esse legatarii. Porro rei nostræ pignus non consistit. *L. neque pignus. D. de reg. iur.* Sic fit, ut nunquam in eamdem rem, & eamdem personam concurrant rei vindicatio, & hypothecaria actio.

IX. Accipit etiam interdum legatarius legati nomine fideiussores, sed quos non ipso iure habeat, verum opera, & vigilantia sua consequatur. Qua eadem cura etiam sæpe fit, ut, fideiussoribus non datis, subsidio nanciscatur pignora. Id autem fit hoc modo: Ius ita est, iam olim inductum, & servatum constanter, heredem omnibus, quibus quid suprema voluntate legatum, relictumve est, si postulent, legati nomine satisdare debere, se quibus diebus testator dari quid fieri voluit, iisdem diebus daturum vel facturum: dolumque malum a se absuturum, ut declaratur *L.* 1. *in princ. D. ut leg. seu fid. nom.*

4) Item si legatum in re certa, ac specie consistat, non in genere, vel quantitate *L.* 1. C. *comm. de leg.* Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *n.* 7. Olim autem actio realis dabatur in legato vindicationis. In cæteris personalis ex testamento; ut legato damnationis *L.* 19. *de leg.* 2. præceptionis *L.* 17. *& seq. de leg.* 1. sinendi modo *L.* 2. *de ann. leg.* Hodie in arbitrio est in omnium generum legatis in rem, vel in personam experiri, ut tamen alterutra electa non sit regressus ad alteram *L.* 67. §. 8. *de leg.* 2. Vult. *in* §. 2. *l. h. t. n.* 4.

5) Diss. post alios, Fachinæ. 12. *Contr.* 32. quia qui dominium habet iure speciali, uti legatarius, contra iuris regulam *L.* 20. *Cod. de pact.* posse etiam pignus in eadem re habere. Quod falsum puto.

nom. cau. quo loco & huius iuris æquitas ostenditur. Habetque locum hæc cautio citra controversiam, si legatum quid sit in diem, aut sub conditione; quoniam his casibus cum nondum legatarius legatum petere possit, vel hoc ipso iuste postulat, ut sibi saltem cautum sit in futurum, ne inter moras heres res hereditarias dilapidet, & fiat non solvendo, atque ita legatum intercidat. Sed habet locum eadem satisdatio etiam de puro, & præsenti legato, si aliquas moras exercitio iudicii habeat. *L. hæc stipulatio.* 14. *L. etiam, sequen. D. eod.* Si heres ita satisdat, ut postulatur; incipit legatarius legati nomine habere eos fideiussores, quos diximus. Est enim satisdare alicui, cavere ei, & promittere quid stipulanti, fideiussoribus in eam rem datis. *L.* 1. *D. qui satisd. cogun.* Quod ni satisdet heres, non fert impune, ne forte quivis pro libidine satisdationem sibi præstare, aut recusare licere existimet; sed hæc pœna est alia parte edicti adversus non satisdantem constituta, ut, desiderante legatario, mittat eum prætor in possessionem bonorum, legati servandi caussa. Bonorum autem primo solum hereditariorum: post deinde si per sex menses perseveret heres non satisdare, etiam in [6] possessionem rerum heredis. *L. certa. C. ut in poss. leg.* Atque hinc initium novæ hypothecæ. Hac enim missione cum legatarius in possessionem venerit, non quidem pro domino habetur; sed ita pro custode, ut ius pignoris consequatur, quod appellatur prætorium. *L.* 5. *D. ut leg. nom. cau. L.* 3. *L.* 5. *C. eo. L. non est mirum. D. de pig. act.* Atque hinc etiam de iisdem rebus hypothecaria actio. De quo genere satis scripsimus in pignoribus.

HUGO-

6) Ut non prius possessione decedat, quam legato, vel fideicommisso soluto, aut de eo satisfacto *L.* 6. §. *ult. Ut in poss. leg.* Excipitur Fiscus heres institutus, aut si ad eum alia ratione bona pervenerint, qui cautionem non præstat. *L.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *Ut leg. nom. cau.* quia semper solvendo intelligitur. *L.* 2. *in fin. de fund. dot.* Rebuspublicis vero, & municipiis satisdatio remittitur, nuda repromissio non item. *L.* 6. §. 1. *Ut leg. nom. cau.* Quæ, nisi præstetur, adversus municipes itur in possessionem. *L.* 12. *Ut in poss. leg.* P. Fab. *ad L.* 95. *de R. I.* Potest tamen hæc cautio heredi a testatore remitti *L.* 12. *D. L.* 2. *L.* 4. *L. pen. C. Ut leg. nom. cau.* P. Fab. *ad L.* 94. *de R. I. p.* 435. vid. & Cujac. 14. *Observ.* 37. de ratione huius cautionis A. Fab. 15. *Conject.* 6. *p.* 184. & de missione legatarii in possessionem Matthæac. *Lib.* 4. *Epist. Legat. C.* 1. Q. An parata sit exsecutio in bona defuncti pro consequendo legato ex *L. ult. Cod. de ed. D. Adr. toll.* Negat post Gomez. *in L.* Taurin. 45. *n.* 137. Menoch. *Remed.* 4. *adipisc. poss. n.* 694. Col. *de Proc. exsec. P.* 3. *C.* 2. *n.* 29. vid. & Parlador. *Lib.* 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 1. §. 9.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER NONUS.

De hereditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur: De perſonis, quibus, & per quas res acquirantur: Tum de iure rerum privatarum.

CAPUT I.

De legitimis heredibus: ſeu de hereditatibus, quæ lege cuique ab inteſtato deferuntur. Ac primum quando incipiat deferri lege hereditas; tum generaliter quibus deferatur. Et in hac tota ſucceſſione conſtituenda quam egregiam operam navarit reipublicæ Iuſtinianus.

Rerum nexus; & methodi inculcata, atque ab exemple veterum repetita ratio. I.

Legitima hereditas *quid ſit, unde dicta; & quatenus ab illa differat teſtamentaria.* II. III.

Illius nomine veniunt cum civiles, tum prætoriæ ſucceſſiones. III.

Duo ſumma tractationis huius capita, & quæ. IV.

Deficiente dumtaxat teſtamenti cauſa, Lege defertur *hereditas, & ab inteſtato. Explicatur* L. ſi quis ita heres 82. D. de her. Inſt. V. VI.

Inteſtatus qui ſit: & quibus efficiatur modis. VII.

Singuli cur obiter hic indicati. VIII.

Intereſt, quibus lege deferatur hereditas, ingenuis, an libertis. Quæ ad horum ſucceſſionem pertinent, alio eo loco petenda. IX.

Ingenuorum hereditas legitima quibus, & quo ordine deferatur. X.

Cognati priores in ſucceſſione legitima. Hi ad ſequentia capita revocati. XI.

Legitimam ſucceſſionem ſibi mutuo vendicant, poſt cognatos, maritus & uxor. Quibus conditionibus Iure Digeſtorum: & quo primitus auctore ſuccedant. XII. XIII.

Admittitur tamen novello Iure *Coniux pauper ad ſucceſſionem coniugis locupletis; & quidem cum defuncti liberis in quartam, aut virilem ſolius uſusfructus partem; cum cognatis vero in eaſdem partes, ſed pleno iure.* XIV.

Vocatur & ſpeciali iure ſolus pater ad ſucceſſionem defunctæ uxoris, cum liberis ea viva emancipatis in virilem partem uſusfructus. Duplex exceptio huius loci propria: & quare. XV.

Quo loco ex Antonini reſcripto ſervi ſuccedant: qua conditione petant addici ſibi bona: & quatenus præferantur fiſco. XVI.

Quo iure, atque ordine; & quorum bona fiſco deferantur. XVII. XX.

An & illorum bona, qui ſunt publico corpori aſcripti. XVIII.

An res a Principe duobus communiter donata. XIX.

Tranſitio & Novellæ Iuſtinianeæ conſtitutionis in ordinanda cognatorum ſucceſſione ratio & utilitas. XXI. XXII.

I. HActenus de re teſtamentaria diximus, ſive de univerſitate iuris, id eſt hereditate iudicio defuncti acquirenda agatur; ſive de legatis & fideicommiſſis rerum ſingularum eadem voluntate delatarum. Sed ita de legatis, ut ſolum præcipue, nobis inſtitutum fuerit de hereditate dicere cuius per occaſionem factum ſit, ut propter argumenti indiviſam coniunctionem ad legata diverteremus. Nam cum deferatur hereditas partim teſtamento, partim lege, & de teſtamentaria hereditate dixiſſemus: non putavimus tractationi de teſtamentis inſti-

institutæ satisfacere nos posse, nisi de partibus omnibus testamenti, & supremæ cuiuslibet testationis diceremus; præsertim cum omnes eodem pœne iure, & iisdem regulis contineantur. In quibus cum sint etiam legata & fideicommissa: ideo argumenti communio & coniunctio ad eam partem nos detulit. Quod & iuris nostri auctoribus accidisse videmus, a quibus in his tractandis etiam hic ordo constanter servatus est in Pandectis, in Codice, in Institutionibus. Eam partem superiore libro exposuimus. Qua defuncti, redimus iam ad divisionem institutam de hereditate, ut, quoniam diximus, quomodo hereditas ex suprema voluntate acquiratur; deinceps, quod restat, de hereditate legitima pertexamus.

II. Lege deferri hereditatem dicimus quæ defertur lege sola [1] sine voluntate ulla defuncti. Unde legitimi [2] heredes dicti, quibus ita defertur. *L.* 2. §. *ult. D. unde legit. L.* 2. *in princ. & toto Tit.* D. de suis & leg. her. & *legitima hereditas*, quæ hoc modo *iure legitimo obvenit*, opponiturque *testamentariæ*. [3] *L.* 3. §. *de illo*. *D. pro soc. L. in plurium. L. illud. D. de acquir. her.* Dicitur quidem *lege obvenire* etiam ea, quæ testamento defertur, *quia lege duodecim tabularum testamentariæ hereditates confirmantur*, ut est in *L. lege, D. de verb. sign.* Sed hoc per consequentiam, non principaliter. Confirmantur enim hæ hereditates: sed quia præcedit testamentum, quod lex secuta confirmat, ac sine eo hereditatem non deferret. Illud autem proprie dicitur fieri lege, quod fit primo & principaliter lege, denique lege sola: ut merito quod huiusmodi est, per excellentiam lege fieri dicatur. Quo in genere sunt legitimæ hereditates, quæ lege sola deferuntur. Ac maxime eas dici intellectu facile est, cum distinguuntur ab iis, quæ deferuntur testamento.

III. Legem hic & legitimum ius, quale hic nominatur in *d. L.* 3. §. *de illo pro soc.* docendi caussa intelligi volo omnem partem iuris, non tantum [4] civilis, sed etiam prætorii: ut complectamur etiam bonorum possessiones a prætore sine testamento delatas. Primum ne ea, quæ in una cognitione posita sunt, divellantur, unde error obiiciatur legentibus: tum ut inculcatio rerum non necessaria, quantum potest, vitetur, nam & bonorum possessio nihil nisi hereditatem tribuit: & bonorum possessores effectu nihil sunt, nisi heredes, *L.* 1. 2. 3. *D. de bon. poss.* ac prætor in his deferendis eumdem testati & intestati ordinem sequitur, quem lex. *L.* 1. *D. si tab. test. null. exst.*

IV. Neque statim defertur lege hereditas defuncti cuiusque, neque defertur qui-

1) Scilicet aperta vel expressa. Nam noster Donellus supra *Lib.* 7. *C.* 16. *n.* 13. tacita deferri agnoscit. Et ita est. Creditur enim sponte sua relinquere hereditatem legitimis, *L.* 8. §. 1. *de Iur. Codicill.* ex animo intestatus decedare ut illis locus sit, ac voluntatem suam legit dispositioni accommodare, Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu in Præfat. n.* 1. Ranchio. *de Succ. ab int.* §. 1. *n.* 6. Forst. *Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 1. *&* 3. Lex in subsidium voluntatis præsumptæ & coniecturatæ, ex communi hominum affectu, quo plus diligi solent propinquiores gradu, P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 7. transfert hereditatem, suppletque defectum dispositionis hominis, Forst. *d. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 1. *&* 3.

2) Et pluribus LL. cumulate congestis, a Forst. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 1. *& seqq. & Lib.* 2. *C.* 21. *n.* 6. *&* 7.

3) Variæ sunt ad d. *L.* 3. §. 2. *Pro soc. & d. L.* 130. conciliationes, de quibus Pinel. *ad L.* 2. *C. de bon. mat.* Forst. *Lib.* 1. *C.* 16. Fachin. 6. *Contr.* 41. Alciat. 4. *Paradox.* 7. & ad *d. L.* 130. iustam hereditatem opponit testamentariæ *d. L.* 3. §. 2. quia iusta significet omni ex parte perfectam, omni iure, civili & naturali debitam. Testamentaria autem casu quodam sæpe extraneis defertur. Legitimam vero hereditatem utramque, esse & ex vi verborum dispositionem de legitima continere testamentariam. Quod refellunt Bellon. 3. *Supputat.* 7. Pinel. *ad d. L.* 2. *n.* 6. Gœd. *ad d. L.* 130. *n.* 6. Forst. *d. Lib.* 1. *C.* 17. Legitimam proprie lege obvenire, quæ ab ea est directo & immediate: non improprie testamentariam, quæ mediate largiori significatione. Et *n.* 16. *ac seqq.* differre hæc ostendit: *Proprie*, quod secundum naturam rei dicitur significantissime; *non improprie*, quo affinitat quædam cum propria significatione innuitur; & *non proprie*, quod proprietati plane repugnans per *L.* 1. *pr. D. h. t. de suis & leg.* & sequitur Gœd. *ad d. L.* 130. *n.* 3. *&* 4. quia qui confirmat, absolute non dat. Vid. & Forner. *ad d. L.* 130. Pinel. *ad d. L.* 2. *n.* 7. Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Declar.* 7. *n.* 8.

4) *L. hereditatis* 138. *de V. S.* Iure autem prætorio succedunt non omnes, quibus defertur bonorum possessio; alias omnes fere successores prætorii essent, sed quibus nullo alio iure, qui destituti Iure civili a prætore vocantur. Guil. Ranchin. *de Success. ab int.* §. 1. *n.* 1. Dum autem dicitur Iure Civili vel Prætorio deferri, non ideo negatur esse iuris naturæ. Quæ enim ex Iure gentium originem trahunt, formam & ordinem accipiunt a iure civili. Ranchin. *d.* §. 1. *n.* 7. quomodo fere & Forst. *Lib.* 1. *de Succ. C.* 12. *n.* 1. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 19. Iure civili approbatam & infirmatam esse, qua infirmatione multa iuri naturali detracta sint. Sed eam Iustinianum ad originem suam & ius naturæ propius reduxisse. Sic malo: Ut succedatur propinquis ex iure naturæ est, ex communi hominum affectu, & propensiore erga cognatos, quam exteros, quem natura ingeneravit, amore. Sed modus succedendi, determinatio, & definitio qui quibus præferendi, quo ordine &c. a legumlatoribus est. Sic Iure Civili antiquo filius emancipatus arcetur, ea forte ratione, quod per emancipationem, facultatem sortitus sibi acquirendi, commodum istud cum incommodo compensare debeat per *L.* 1. §. *ult. de aq. pl. arc.* agnati excludunt cognatos. Omnes omnino latipatentis orbis populi successione utuntur, derivantes bona sua ad liberos & propinquos: Sed variantes successionum modi ac cuivis genti proprii. Quin & pleraque fere municipia peculiaribus suis hac in re statutis uti comperimus. Dissent. qui has successiones Iure Civili inventas volunt, Vasq. 3. *Ill. Contr.* 100. *n.* 1. Alex. Picenard. *ad Rub. I. de testa. pag.* 6. A. Fab. 1. *Iurispr.* 2. *Princ.* 5. *Illat.* 2. Alter Vacon. 1. *Declar.* 15. *n.* 5. successionem liberorum ne iuri quidem gentium tribuens, sed iuri hominum naturali, quod alii ius gentium primævum vocant. Gomez. 1. *Var. Resol.* 1. *n.* 2. *&* 3. liberos succedere iure naturæ primævo in mobilibus; iure gentium scilicet naturali secundario in omnibus; itemque iure divino, civili, veteri & novo, & prætorio, vid. *&* Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 3. *n.* 15. Quæret quid si facultates defuncti in diversis ditionibus, quæ alio atque alio iure reguntur? Ex communi sententia succeditur partim hoc partim illo iure, quoad bona, ceu refert, & improbat, Cuiac. *Cons.* 15. *p. m.* 71. *& seq.*

quibuslibet: sed & hic constitutum tempus est, quo velit lex hereditatem a se deferri, & in hac suo tempore deferenda delectus personarum habetur; ut his solum deferatur, quibus maxime convenieus esse videtur secundum naturæ æquitatisque ordinem & regulam. Proinde qui sint legitimi heredes, quidque hic deferatur lege, sic intelligemus, si duo hæc cognita habebimus, in quibus omnis hæc ratio legitimarum hereditatum versatur: quando lege deferatur hereditas; & quibus. De quibus duobus solis superest, ut in hoc genere quæramus. Nam illud, quomodo legitima hereditas delata acquiratur, satis supra expositum est, cum de ratione acquirendæ ex testamento hereditatis directo delatæ diximus. Est enim ex utraque caussa eadem ratio acquirendæ hereditatis, cum in suis, tum in extraneis heredibus. De suis indicatur in *§. sui Inst. de her. quæ ab int. def.* de extraneis in *§. item extraneus. Inst. de her. qual. & diff.*

V. Tunc hereditas defertur lege, cum defunctus intestatus decessit, suis quidem heredibus statim etiam invitis, multoque magis ignorantibus: extraneis autem tunc cum etiam scierint defunctum intestatum decessisse. *§. 1. §. sui. §. cum autem. Inst. de her. quæ ab int. def.* Hinc quæ lege defertur hereditas, quæque eadem dicitur legitima, dicitur & ipsa [5] ab intestato deferri. *L. in plurium.* in pr. & vers. *idem iuris. L. illud, D. de acq. her.*

VI. Id hanc significationem habet. Primum defertur hereditas ex testamento scriptis heredibus: ac quandiu potest, [6] ex testamento adiri, tandiu ab intestato legitimis non defertur. *L. quandiu potest.* *L. in plurium. D. de acq. hered. L. quandiu, D. de reg. iur. L. antequam. C. commun. de succ.* Nec mutatur hæc sententia in hac specie, [7] cum testator Titium heredem instituit hac conditione, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem*, quanvis placeat prius heredem legitimum vindicare posse. *L. si quis ita heres. 82. D. de her. inst.* Nam in hunc casum, quo heres legitimus vindicat hereditatem, nemo est heres testamento institutus. Legitimo enim vindicante deficit conditio institutionis, ut & scriptum est in *d. L. 82.* conditione deficiente, institutus heres non est institutus. Quod si ita est, ne in hunc quidem casum dici potest testamento locum esse, aut ex testamento adiri posse hereditatem; proinde ne illud quidem hanc deferri legitimis, quandiu ex testamento adiri possit.

VII. Post ubi certum esse cœpit defunctum intestatum decessisse, cum fit transitus ad intestatos, atque hic legi locus seu legitimis heredibus. *d. L. in plurium. D. de acq. her. L. 1. D. si tab. test. nul. exst.* Hinc quem vocemus intestatum, initio definiendum fuit in hac quæstione legitimarum hereditatum. Quod factum est in *Institutionibus* in hoc argumento statim in principio *Tit. de her. quæ ab int. def.* item in *L. 1. D. de suis & leg. her.* Commodissima definitio Iustiniani in superiore loco, ut [8] intestatus decedat, in summa quidem, qui nullo utili testamento decessit: partibus autem expositis, qui aut omnino testamentum non fecit: aut fecit non iure: aut quod fecerat, ruptum, irritumve factum est: aut si ex eo nemo heres exstiterit.

VIII. Non fit iure testamentum, vel a persona testantis, si is [9] testamenti factio-

nem

5) Leges, quibus intestati mentio, collectas petere licet ex Forst. *Lib. 3. C. 1.*

6) Quia voluntas expressa potior est tacita, Borch. *de Grad. pag.* 156. & quia Lex hic supplet defectum dispositionis hominis ac per eam cessat *L. uit. C. de pact. conv.* vid Forst. *Lib. 1. C. 13. n. 3. & 4. & C. 26. & Lib. 2. C. 16.*

7) Uti volunt Duar. *ad tit. D. de acq. hered. Cap. 2.* & ex Baldo Goth. *in not. d. L. 82.* & Borch. *de Grad. p.* 156.

8) Intestatus hic qui omnino, & respectu hereditatis; alias & intestatus dicitur quoad tutelam *L. de leg. tut.* Vult. *in pr. L. b. t. n. 5.* qui & bella *n. 6.* Quidam tantum possunt decedere intestati, ut furiosus, infans &c. quidam tantum testati, filiusfamilias in castrensibus *L. 9. de castr. pec.* Quidam nec intestati, filiusfamilias extra castrensia, servus. Ubi enim hereditas non est, ibi nec testatus nec intestatus.

9) Qui tamen proprie non est intestatus *L. 1. pr. D. h. t. L. 2. §. 3. Unde legit.* cum privatio præsupponat habitum, sed verius intestabilis, Forn. *ad L. 64. de V. S.* Vocatur tamen ita infinities *L. 4. §. 3. Qui pet. tut. L. 5. Qui test. fac. L. 9. de reb. dub. L. 14. §. ul. ad L. Falc. L. 23. ad SC. Tert. L. 27. C. de test. L. sciant. 10. C. de leg. her. L. omnem 6. C. ad Tertyl.* Ac ita licet non proprie; ex iuris tamen pariter ac loquendi usu. Vid. Phil. Massin. *ad L. 2. C. de impub. n. 17. & n. 24. & 34. & seq. ac passim.* Trentacinq. *de Sub. P. 2. C. 3. n. 4. & 5. & Q.* varias sententias refert. Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, *P. 3. Declar.* 8. Mercer. 2. *Opin.* 6. qui testari non potest dici intestatum ob penuriam vocabulorum. Gœd. *ad L. 64. de V. S. n. 3. & seqq.* vocula *intestati* varie pro re subiecta accipi, nec tantum ad factum, verum etiam ad ius referri debere. Et quia pluries pupillus, furiosus & similes vocantur, *intestati*, non probabiliter statui ubique impropriam loquutionem. Videndum igitur, an quis ratione facti; an iuris dicatur *intestatus*. Qui nec potuit testamentum facere, nec fecit, is & iure & facto intestatus. Qui vero iure non fecit, in eo distinguitur. Aut ipso iure privatus, (ut lege *intestabilis* ob carmen famosum), & non *intestatus*, sed *intestabilis* dici debet: aut impeditus, qui scilicet remoto obstaculo ætatis morbive, cum effectu testaretur, & hic non *intestabilis*, sed *intestatus*. Sufficit enim habitum potentia adesse, licet actu non adsit; alioqui tertia successionis species fingenda, nec ex testamento, nec ab intestato. Itaque hi respectu ipsius actus proprie *intestati*, *d. L. 1. pr.* ratione vero potentiæ omnino, Ita Gœddæus. Quæres, An in statutis hi testatorum appellatione veniant. Ex. gr. Lex est municipalis. *Bona intestatorum agnatis masculis obveniant*: Pupillus moritur; quæritur an mater excludatur? Variæ sunt sententiæ, quas qui cognoscere avet, adeat Forst. *Lib. 3. C. 4.* ubi *n. 14. & seq.* affirmat ea popula-

nem non habet; vel a solemnibus, si quid his deest; vel ab his quæ testamenti interiorem vim continent, si quid item eorum desit, ut heredis institutio, aut certarum personarum necessaria institutio, vel exheredatio. De quibus tum diximus, cum quæreremus, quodnam esset iustum testamentum. Quibus modis rumpatur testamentum, irritumve fiat, explicatur Tit. Inst. *quib. mod. test. inf.* ac plura in eam sententiam suo loco diximus. Non adita hereditate sic testamentum fit irritum, ut nunquam hinc deferatur hereditas. Olim quidem in universum ita ius fuit, ut hereditate non adita nihil ex testamento deberetur. *L. ea quam. C. de fideicom.* Post, Iustiniani constitutione Nov. *ut cum de app. cognosc. §. aliud quoque.* inductum, ut ex caussa præteritionis vel exheredationis rescisso testamento, idest, aditione ex his caussis eo redacta, quasi hereditas adita non esset, legata nihilominus & cætera testamento relicta deberentur: sed tamen semper placuit etiam his casibus institutiones heredum infirmari, & rem redire ad heredes legitimos. Hoc idem in *auth. ex caussa. C. de lib. præt.* In his testamentis, quæ eventu irrita fiunt, quamobrem & defunctus fit intestatus, adiiciemus non tantum ea irrita fieri, quæ fiunt ipso iure, quod contingit iis modis, qui de rupto & irrito testamento expositi sunt in Inst. *Tit. quib. mod. test. infirm.* contingit item hereditate non adita: sed etiam ea, quæ caussis ad rescindendum incidentibus nihilominus adhuc per se iure valent; sed alieno facto rescinduntur. Quod fit duobus modis; aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut querela inofficiosi testamenti perlata. Quibus remediis quando locus sit; quibus competant; & quem habeant exitum, supra ostendimus, eum ageremus de infirmandis testamentis. Cæterum, etiam his modis rescisso testamento, rem deduci ad causam intestati, atque hinc deferri hereditatem omnibus, diserte scriptum est in *L. ut liberis. C. de colla.*

IX. Cum constabit eum, de cuius bonis agitur, intestatum decessisse, ut sic locus fiat legis delationi: proximum est videamus, quibus deferatur hereditas lege. Hic alia conditio est libertorum, alia ingenuorum. In hereditate legitima libertorum quædam communia cum ingenuorum hereditatibus; quædam propria. Quæ communia sunt, ex successione ingenuorum intelligemus. Quæ propria, sumenda sunt ex *Tit. Inst. de succ. libert.* Ubi ius de hoc genere, quantum satis est, proponitur.

X. Ingenuorum hereditas defertur lege quatuor generibus personarum, non simul omnibus; sed suo cuique ordine, prout ad proximum quemque hereditas æquitate aut utilitate publica suadente redire debere visum est. Cognatis primum; deinde viro & uxori; tertio loco servis defuncti bonorum addictionem iure desiderantibus; ad extremum fisco.

XI. Ac de cognatis, qui præcipuam atque adeo optimam huius successionis partem occupant, dicemus postea separatim. Nunc reliquos ordines, quorum legitima successio non ita multis verbis indiget, breviter exsequemur.

XII. Ergo post cognatos, quorum in hac successione prima caussa est, defertur secundo loco legitima hereditas viro & [10] uxori quo invicem sibi in solidum ab intestato succedant, ut est in *L. unica. C. unde vir & uxor.* Nempe ob coniunctionem arctissimam matrimonii, continentem consortium omnis vitæ, atque omnis iuris communicationem, ut definiuntur nuptiæ in *L. 1. D. de rit. nupt.*

XIII. Quo loco [11] virum & uxorem exigimus, qui tales fuerant, quo tempore alter moritur, quo & ipso defertur hereditas; & præterea eos, qui re ac iure tales fuerunt, non sua opinione, aut voluntate. Ideo non est locus huic successio-

pulari loquendi usu, tum ex ratione, quæ est conservatio splendoris familiarum, tum quia sine liberis is quoque dicitur, qui nec liberos habere potest.

10) Quod iuxta ius vetus intelligendum de ea tantum uxore quæ usu habebatur, Cuiac. *ad d. tit. Unde vir. & ux.* Ræv. *ad L.* 30. *de R. I.* Forst. *Lib.* 9. *C.* 2. *n.* 32. *& seq.* Nam quæ in manum convenerat, sive per coemptionem, sive per confarreationem, sua heres marito erat, vid. *not. supra lib.* 7. C. 2. *N.* 6. & Forst. *d. Lib.* 9. C. 2. *n.* 2. *& n.* 25. *& seq.* uti & nurus quæ in filii manu erat, quæ socero loco neptis, Cai. *lib.* 3. *I. in Coll. LL. Mosaic. Tit.* 16. Ranch. §. 2. *n.* 3. *&* §. 21. *n.* 3. Ac ex lege Romuli marito, si implores decederet, ex asse: sin superessent liberi, viritim cum illis succedebat, Halic. *Lib.* 2. Baldui. *ad L. Romuli* 14. Aym. Rival. *Lib.* 1. *Hist. Iur. Civ.* Zas. *ad L.* 2. §. *& ita LL.* (*est alias versic.* §. 2.) *de O. I. n.* 13. Coras. *ad d. l.* 2. §. 2. *n.* 16. Uxoris vero bona, quantumvis relictis liberis decesserit, vir peculii quodam iure occupabat, cum eam in manu & potestate, tanquam filiam adoptivam, habuerit, P. Fab. *ad L.* 91. *de R. I. f.* 416. Quam successionem durasse usque ad tempora Theodorici Gothorum Regis arguit epistola 24. *Lib.* 4. *Variar.* Cassiodori. Paul. Cypræ. *de sponsal.* C. 5. §. 14. *n.* 3. Sed abolitis veteribus formis ac nuptiarum differentiis & Christianis solemnibus inductis vocatur ab intestato coniux, deficientibus liberis & cognatis *L. un.* C. *Unde vir.* Quod Theodosius & ad coniuges clericorum extendit *L. si quis* 20. C. *de Ep. & Cler.* Forst. *Lib.* 9. C. 2. *n.* 45. *& seq.*

11) Requisita 4. refert Cuiac. *ad tit. Unde vir.* (1) Iustæ & licitæ nuptiæ *L.* 1. *pr. d. t.* alias fiscus aufert hereditatem indigno *L. Claudius* 13. *de his quæ ut indign.* (2) Ut eluxerit maritum *L.* 1. C. *de sec. nupt.* (3) Ut uxor sit mortis tempore. (4) Ut non diverterit, tametsi divortium non valuerit, sed uxor permanserit *d. L.* 1. §. 1. vid. & de locis requisitis Forst. *Lib.* 9. C. 3. *n.* 3. *& seqq.* Schneidwin. *ad h. t. I. C. de succ. viri & ux. n.* 15. *& n.* 22. *ac. seq*

sioni, nisi cum iustum matrimonium est, & nullo divortio interveniente vir aut uxor decessit. *L. unica. D. unde vir & ux.* Successio primo inducta [12] edicto prætoris, bonorum possessione his inter se invicem proposita. *§. & primo. §. sed eas.* vers. *Aliam vero. Inst. de bon. poss.* Post etiam nominatim confirmata est lege Theodosii in *d. L. unica. C. unde vir & ux.* Sed hanc, ut dixi, conditionem habet, si cognati nulli exstabunt: ut intelligamus naturali coniunctioni plus tribui, quam adscititiæ.

XIV. Quod tamen postea constitutionibus novis humanitatis caussa ita temperatum est: ut placeret interdum coniugem superstitem etiam cum liberis defuncti coniugis, nedum cum eius agnatis, ad certam partem hereditatis admitti. Et quidem in commune [13] utrique coniugi tributum est Novellis Iustiniani constitutionibus, ut si defunctus sit locuples, superstes inops, admittatur superstes [14] uxor cum [15] liberis defuncti mariti; superstes maritus cum liberis uxoris defunctæ in quartam partem usufructus bonorum, si sint [16] liberi tres, vel pauciores: sin plures, in virilem liberis non exstantibus, eædem partes serventur cum tot numero cognatis; sic tamen, ut hoc casu succedat superstes [17] in quartam istam partem, aut virilem pleno iure, non usufructu tenus dumtaxat. Hoc in auth. *præterea. C. und. vir & ux.*

XV.

12) Est tamen successio adhoc prætoria cum Theodosius, & Valentinianus in *d. L. un. C. Unde vir.* non tribuant ius legitimum, sed prætorium confirment, Ranchin. *§. 1. n. 4. & 5. & §. 21. n. 5.* ideoque intra 100. dies bonorum possessio agnoscenda, Borch. *de Grad. pag.* 259. *& seq.*

13) Idem ius viro inopi, *Novel.* 53. *C. 6. in fin. pr. arg. L. pen. §. 1.* vers. *eodem modo C. de repud.* Sed an hoc mutavit *Nov.* 117. *C. 5. in fin.* Ita vult Ranchin. §. 21. *n.* 6. Borch. *de Grad. pag.* 259. testans tamen crebrius placere idem adhuc in viro obtinere, contra ipsius Imperatoris dispositionem. Sane DD. fere hanc difficultatem nec leviter attingunt. Verum cum & Harmenop. *Lib. 5. Promptuarii Tit. 8. Cap. de Indotata uxore pag.* 308. idem ius quod in uxore, in viro quoque locum habere referat, nec mutatio iuris, optima ratione subnixi facile inducenda sit; cum & successiones mutuas esse conveniat: non improbabiliter dicemus *d. vers. ult. C. 5.* qui maritum quartam ex substantia mulieris accipere prohibet, generaliter non esse accipiendum, sed ex proxime præcedentibus ad eam speciem restringendum, quando vir uxorem indigne expulit. Confirmat vocula *enim*, cum alias conveniret adversativa, *autem*, vel similis. Nec resistunt verba, *secundum priorem legem*. Quia sensus est: Tametsi *Novell.* 53. *Ca.* 6. generatim ac indistincte loquatur, tamen Imperator speciem inde eximit, quoniam uxor sine iusta caussa foras eiicitur, licet eo ipso matrimonium non protinus dirimatur. Et ita temperat priorem suam legem Iustinianus non abolet.

14) Sive nihil attulerit dotis aut bonorum, sive pauxillum, unde se exhibere nequeat, per *Nov.* 53. *C. 6. §. 1.* & quidem ratio Forst. *Lib. 9. C. 4. n. 7. & seqq.* Schneidwin. *ad h. t. Inst. Cap. de Success. int. vir.* n. 37. Coler. *Decis.* 61. *n.* 46. Decian. *P. 3. Resp.* 511. *n.* 16. Ioan. Vinc. Hondedæ. *Vol. 1. Cons.* 93. *n.* 4. qui tamen, contra sententiam *d. Auth.* vult attendi debere an dos fuerit congrua tempore contracti matrimonii, licet in præsenti alimoniæ non sufficiat. Item si ab initio quidem dos amplior, sed deinde valde diminuta, de quo Forst. *d. Lib. 9. C.* 14. Ratio in *d. Nov. 53. C. 6. in fin.* ut inopiæ subveniatur in honorem transacti matrimonii, ne quæ rem familiarem auxit vel servavit, ad mendicitatem redigatur, quod ignominiosum viro defuncto, qui in re lauta vixerat. Forst. *supr. d. C. 4.* n. 2. *&* 3. Quæ vero inops sit, iudex ea re definit, Schneidv. *d. loc. n.* 16. Borch. post alios *de Grad. p.* 258. Hondedæ. *d. loc. n.* 3. Toming. *Decis.* 40. *n.* 2. 10. Petr. Surdus *Tr. de Alim. Tit.* 9. *Q.* 37. Requiriturque inopia tempore mortis quo defertur. Nec amittitur quarta, si postea mulier divitias acquirat, Tiraq. *Tr. Cess. caussa limit.* 4. *n.* 2. Surdus *d. Tit. 9. Q.* 35. *n.* 45. Quid si uxor tempore mortis mariti nihil in bonis habeat, spem tamen habet sibi ex parentis vel propinquorum successione obventurum, an locus huic beneficio, vid. Toming. *Decis.* 40. qui affirmat. Dissent. Io. Vinc. Hondedæ. *Vol. 1. Cons.* 93. *n. 26. & seqq. & Vol. 2. Cons.* 79. qui & utraque ea Consultatione operose contendit, nec aliter locum dari huic successioni, quam quando, absque ea esset, mendicandum foret uxori, studium partis ea re potius, quam veritatis aut iustitiæ prodens. Ut vere conqueratur Marqu. Freher. 2. *Parerg. 6. in fin.* multa Gratiis, plura Diis a Consultoribus sæpe dari.

15) Magis igitur si cum adscendentibus concurrit, vid. Forst. *Lib. 9. de Success. C.* 9. Liberis autem vel parentibus repudiantibus, portionem illorum non accrescere uxori, sed ad sequentis gradus cognatos devolvi censet Duaren. *Lib. 1. de I. accresc. C. 18. in fin. per L. un. C. Quand. non pet. part.* Contra Forst. *Lib. 9. C.* 12.

16) Ita & Cuiac. *in Novell.* 53. *in fin.* (addens ea *Nov.* Leonis 106. etiam proprietatem consequi) Schneidv. *d. loc. n.* 14. Sed puto verius ex *d. Nov.* 53. *C.* 6. etiam dominium quartæ mulierem adipisci, Forst. *Lib. 9. C. 9. n.* 1. Sed ex *Nov.* 117. *C.* 5. si tres, pancioresve liberi, accipere eam quartam ex substantia atque ita pleno iure. Sed si plures liberi, tum virilem habet iure usufructus ne liberis nimium subtrahatur.

17) *Nov.* 53. *C.* 6. *Nov.* 117. *C.* 5. *Confer. Nov.* 22. *C.* 18. *Nov.* 74. *C. 15. pr. & Nov.* 134. *C. ult. in fi.* Et hunc quadrantem testamento auferre, vel minuere non licet arg. d. auth. *præterea* in fin. & quia habetur non beneficio coniugis, sed legis *d. N* 134. *C. ult.* Borch *de Grad. p.* 259. *& seq.* Forst. *L. 9. C.* 5. ubi obiecta diluit. (Dissent. Scipio Gentil. *Lib. de Sec. nupt. C.* 5.) Immo *C.* 6. alienata in fraudem huius quartæ revocari posse censet. Et deberi etiam confiscatis bonis Io. P. Surdus *de Alim. Tit. 1. Q.* 34. *n.* 14. Cæterum in successione coniugum variat. Ius Saxonicum a Civili discrepat. Maritus succedit uxori in mobilibus, sive nobilis sit, sive ignobilis, sive doti dicta bona, sive paraphernalia, sive liberi concurrant, sive cognati, vid. Landr. *Lib. 1. Art. 31. & Lib. 3. Art. C.* 76. Coler. *de Proc. exsec. P. 1. C.* 3. n. 231. *& seq.* Schneidv. *ad h. t. I. Cap. de Succ. int. vir. n. 26. & seqq.* Zobel. *diff. Iur. Civ. & Sax. P. 3. Diff. 9. &* 10. detracta tamen legitima liberis vel parentibus debita, si aliunde salva non sit, Coler. *d. lo. n.* 233. Schneidvin. *d. loc.* Moller. *ad Nov. D. Aug. Elect. Sax.* 11. *P. 3. n.* 23. exceptis utensilibus, quæ transmittuntur ad filias, vel si desint ad proximas cognatas, etiam exclusis filiis, vid. Schneidv. *d. lo. n.* 31. Coler. *Decis. 42. & seq.* Nomina, & annui redditus, item partes metallicæ an inter mobilia referantur pete ex *Nov. Aug. Elect. Sax. 23. & 2. seqq.* add. Coler. *Decis.* 59. Quid de mercibus in tabernis vid. P. Heig. *P. 2. Q.* 15. Quid si nulla omnino mobilia relinquat uxor. Schneidv. *d. loc. n.* 32. tunc, si vir inops, mulier locuples, dispositioni iuris communis locum fieri vult. Sed usum id non probare Wes. *in not. ibid.* & Moller. *ad d. Nov. Sax. 21. n.* 14. Quæres, Si ea pecunia ab uxore illata vir prædia & res soli compararet, num ut pecuniam lucraretur, ita & ex ea emptos fundos? Adi Moller. *d. lo. n. 15. & seqq.* ubi *n.* 31. si ea pecunia dotali sint comparatæ viri nomine, non fieri dotales, proinde virum pecuniam omnem lucrari scribit, in quo consentit Coler. *Decis. 57. n. 34. & seqq.* Contra si uxoris fundos vir vendat, pretium illorum ad liberos pertinere, non maritum Moll. *ibid. n.* 33. in quo diss. Coler. *d. Decis.* 57. n. 13. *& seqq.* Quoad successionem uxoris, quæ fit marito, sanxit felicis recordationis Elector Augustus *Novell. sua* 20. *P.* 3. primo omnium attendi debere pacta dotalia (quæ tamen, quod adimant mulieri optionem, difficultate non caret, de qua Moll. *ibid. &* Coler. *Decis.* 61.) deinde statuta ac consuetudines loci, non matrimonii contracti aut dotis promissæ, sed domicilii mariti, habitationis,

XV. Illud peculiariter patri datum, qui viva uxore filios emancipavit, ut matre deinde mortua vocetur ipse cum liberis defunctæ ad successionem eius in viriles portiones: sed usufructus dumtaxat, quoniam hunc emancipatione amiserat *L. 3. C. de bon. matern.* Quæ exceptiones, ut in successione viri & uxoris locum habent, dum plus iuris in ea successione his tribuunt, quam primo concessum erat: ita etiam in successionem liberorum necessario incidunt, dum e converso hactenus ius eorum in hereditate parentum legitima minuunt: de quo postea.

XVI. Si nec cognati erunt, nec vir aut uxor; tertio loco defertur domini hereditas servis, quibus testamento domini, aut ab intestato codicillis libertates datæ sunt, si nemine successore ab intestato existente, in ea caussa bona eius esse cœperunt, ut venire debeant. Nam si quis ex his servis adito eo, cuius de ea re notio est, desideret libertatum conservandarum causa bona sibi addici, cautum est rescripto Marci Antonini, audiendum esse, si idonee creditoribus caverit de solido, quod cuique debetur, solvendo. Quo de genere addictionis ius propositum habemus *tit. Inst. de eo cui lib. caus. bon. addic.* ubi & dilucide explicatur, nec exstat alibi. Esse autem hanc addictionem successionis genus, initio eius tituli scriptum est. Sed & exitus addictionis, qui deinceps subiicitur, id satis demonstrat. Præcedere autem hanc successionem caussam fisci, eodem rescripto comprehensum est, nisi fiscus paratus sit ita bona suscipere, ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt. *d. tit. de eo cui lib. caus. bon. add. in pr.* illic, *& ne huius rescriptionis.*

XVII. Quod si neque cognati ulli, neque vir aut uxor, neque superior addictio bonorum erit: placet præter hos nullos privato iure esse heredes, sed bona fieri vacantia: quo nomine iure publico ad extremum [18] deferuntur fisco. *L. 1. in pr. D. de success. ed. L. 1.* & *L. 4. C. de bon. vac. lib.* 10. Quod tamen non est perpetuum. Alias certarum personarum hereditates ad alios pertinent.

XVIII. Sunt enim personæ quædam certis corporibus publicis adscriptæ, quæ si sine alio herede decesserint, placet earum hereditatem non ad fiscum, sed [19] ad ea corpora, quorum pars erant, redire. In hoc numero sunt ii, de quibus comprehensum est *tit. C. de her. de.* Item ecclesiastici, de quibus cautum *L. si quis presbyter, C. de ep. & cl.*

XIX. Interdum nullo alio herede relicto vocatur fiscus ad hereditatem; sic tamen, ut hoc casu quædam eximantur, ac potius transferantur ad alios. Quod accidit in re a principe duobus communiter donata. De ea enim sic Constantino placuit, ut si unus ex his sociis, nullo herede relicto decesserit, pars deficientis ad consortem, non ad fiscum pertineat.

nis, non originis per *L. exigere 65. de iudic.* Schneidw. *d. loc. n. 3. & 4.* ad quod vid. P. Greg. 45. *Synt. 14. n. 6.* Quæ si utraque desint, dat optionem constitutio, ut vel auferat quartam partem, si liberi exstant: tertiam si nulli; utrobique tamen, collatis suis bonis (& utensilibus quoque illatis vide Coler. *Decis.* 62.) vel bona illata repetat: nulla habita ratione an ex suis bonis alimenta habere possit an secus, Moller. *ibid. n.* 52. vid. Zobel. *P. 3. Diff.* 12. Extra ditionem autem Electoris in locis quibus viget ius Saxonicum dispositio *d. Auth. præterea*, in successione uxoris servatur, Moller. *ad d. Nov. Sax Elect.* 20. *n.* 62. Coler. *de Proc. exs. P. 1. C. 4. n.* 227. Nobilium vero successio alia & peculiaris est. Ibi namque sortitur uxor. 1) Utensilia. (2) Sponsilitiam largitatem. (3) domestica cibaria, esculenta & potulenta &c. vulgo Mustheil (de quo vid. *Nov. Sax.* 34. *& seqq.*) (4 donationem propter nuptias seu dotalitium ususfructus in certis bonis feudalibus ad tempus vitæ constituti, vid. Schneid. *ad h. t. I. C. de success. int. vir. & ux. n.* 39. *& seqq.* Denique non uti iure Civili sponsa de præsenti, quam canones vocant (aliud in sponsa de futuro) æque succedit, & e contrario quia matrimonium perfectum, licet non consummatum, Schneid. *d. loc. n.* 13. Gomez. *in L. Taur. nu* 8. *n.* 21. Fontl. *Lib. 9. ne succ. C. 3. n. 8. & seq.* vid. tamen P. Greg. 45 *Synt.* 14. *n. 7. & seqq.* ita & iure Saxonico. Sed requiritur conscensio thalami. Dasz das Brautbett *beschritten Lib. 1.* Landr. *Art.* 31. *& Art.* 45 Schneid. *d. loc. n.* 21. Coler. *Decis.* 58. Nec si ante eam, sponsa ipso nuptiarum die moriatur, illi succeditur a sponso, *Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 3. Sufficit vero illa, tametsi vel mutuo consensu, vel impedimento aliquo, vel magicis artibus, consuetudo coniugalis non sequuta, Moll. *ad d. Nov.* 19. *n.* 2. diss. videtur Zobel. *P. 3. Diff.* 11.

18) Fiscus succedit iure civili, estque heres legitimus arg. *L. fiunsf. 114. §. 2. de leg.* 1. ex lege Iulia Caducaria *Ulp. tit.* 28. quando scilicet bona vacantia (diss. Borch. *de Grad. p.* 264. volens heredem non vocandum esse, nec repræsentare defunctum, sed admitti ab bona, non hereditatem iure superioritatis.) Quando autem bona ob delictum alicuius confiscatione transferuntur, non est heres, sed heredis loco, Ranch. *de Succ. ab int* §. 23. *n.* 1. item quando res indigno aufert, Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, *declar.* 15. *n.* 20. vid. & Schneid. *ad h. t. I. Cap. de succ. fisci.* 10. P. Surd. *Tr. de Alim. Tit.* 9. *Q.* 31. *& tit.* 8. *Privil.* 59.

19) Vid. P. Greg. 45. *Synt.* 15. Rad. Fornet. 4. *Rer. quotid.* 7. Hoc DD. tribuunt ad quævis collegia licita, ut Doctori, itemque studioso Academia succedat pro fisco, Tiraq. *de Tr.* Le mort saisit le vif *P. 2. Declar.* 15. *n.* 6. quod reprobat Ranchin. §. 22. *n.* 4. quia frustra quinque corpora speciatim nuncupassent Imperatores in *d. tit. Cod.* Schneid. *supr. d. Cap. de succ. fisci n.* 20. tantum & ipse in casibus a iure expressis, recensitis *d. tit. Cod.* successionem admittit. In aliis non succedere collegium, sed fiscum civitatis. Studiosi tamen bona vacantia tribui fisco Academiæ. Bona militis, deficientibus cognatis usque ad quintum gradum legioni delata fuisse, & inde vocari caduca legionis in *L. 4. §. 17. de fideic. lib.* ex constitutione Adriani *L. 6. §. 7. de inj. rupt.* sentit Hot. 8. *Obs.* 8. Sed Cuiac. *ad d. L. 6. §. 7.* & militi non damnato successisse cognatos usque ad septimum gradum, ac post eos legionem *d. §. 7. in fin. L. 2. C. de her. decur.* Damnato autem cognatos usque ad quintum gradum & post eos fiscum, de quo exaudit *L. ult. D. de veteran. & mil. succ.* ex inscriptione. Egisse enim eo libro Papinianum de reis capitalium criminum. Et sic, inquit, non angustior sed augustior est militis successio. Pagano enim capitis damnato fiscus antiquo iure omnibus cognatis potior. De successione quæ sit militi ex delicto militari damnato, vid. *A. Fab.* 72. *Err. Pragmat.* 9. *&* 10.

tineat. *L. unica. C. si liberalit. imp. soc. sine her. decess.*

XX. A quibus si discesseris, ita sunt superiora genera ac superiores ordines eorum, quibus hereditas defertur ab intestato lege, ut alii omnes removeantur. Itaque nec [20] affinitatis iure ulla defertur successio: *L. affinitatis. L. vitrico. C. com. de suc.* Nec [21] nutritoribus huius beneficii nomine. *L. nutritorib. C. eod.* Ac nec [22] civitates civis sui sine legitimo herede defuncti bona iure civitatis vindicare possunt: soli fisco ea deferuntur. *L. 1. C. de bo. vac. lib.* 10.

XXI. Sed tres posteriores ordines neque frequenter occurrunt, (raro enim fit, ut defuncto non sint aliqui cognati superstites) & cum occurrunt, expeditam rationem habent: nulla enim in singulis his generibus personarum varietas est, quæ dissimili & vario iure contineatur. Alia caussa est cognatorum, quem in successione legitima primum ordinem posuimus. Cognati enim non unius generis, nec eodem omnes iure habentur, ideo & hic locus patet latius; ac de eo prope solo in hac quæstione legitimarum hereditatum dubitari solet. Certe hæc quæstio totam fere hanc partem in libris nostris occupavit.

XXII. Exstat autem de hac parte prudens & utilis constitutio Iustiniani Nov. *de her. ab intest. ven.* 118. in qua ius omne ad hanc speciem pertinens breviter & commode est complexus, divisa successione legitima in tres ordines, de quibus dixit ordine. In ea, ut si unquam, Iustinianus optimam operam navavit reipublicæ. Nam ante de successionibus huius generis ius admodum incertum & perplexum fuit. Idem cognitu longum: ut pote varium & multiplex variis legibus constitutum, deinde innovatum, mox etiam renovatum, & interpolatum sæpius. In qua varietate vix quidquam certi fuit: aut si quid certe ut id haberetur, innumeræ adeundæ & cognoscendæ fuerunt leges & partes iuris, sæpe ipsæ inter se pugnantes. Et, ut in rebus tam diversis & pugnantibus accidit, vix tandem post longam lectionem & investigationem inventum, quid in eo sequeremur, ut animadverti potest ex iis, quæ de hoc genere tradita sunt *lib.* 3. *Inst.* in hoc argumento quæ item tradita in Pandectis sub titulo *De bonorum possessionibus:* præsertim a titulo *Si tabulæ testamenti nullæ exstabunt* usque ad titulum *De operis novi nunciatione.* Similiter & in Codice libro sexto tit. *De suis, & legitimis heredibus* & deinceps. Iustinianus ex illa varietate iuris veteris & incertitudine rem educens ius unum hic & certum fecit, exæquatis inter se liberis omnis generis; item parentibus utriusque sexus; item cognatis & agnatis omnibus, ita ut in omnibus naturalis tantum coniunctionis & sanguinis ratio haberetur, antiqua varietate & distinctione personarum, quæ in singulis generibus fuit, sublata. Ex illa autem multitudine & varietate tum legum, tum scriptorum, rem redegit in compendium, quod in ea constitutione videmus. Et ne superesset nobis in hac parte superioris antiqui iuris anxie quærendi & cognoscendi labor, voluit in sua illa constitutione Novella id ius extare, quod solum in posterum servandum esset; ut ipse his de rebus præfatur statim initio constitutionis. Et ideo si quid est in aliis partibus simile; nihilominus recte ex hac constitutione sumi potest. Certe semper sumetur certius, quia semper certum erit id ius postremum valere debere. Sin aliis locis aliquid dissidet: sciemus id servandum non esse. Quocirca si quid in hac specie successionis allegabitur ex aliis partibus iuris vel ex Pandectis, vel ex Institutionibus, vel etiam ex ipso Codice; meminerimus [23] id omne exigendum esse ad normam huius constitutionis. Sed non potuit tam diligenter scribi constitutio, quin interdum deesset aliquid, quod supplendum esset ex aliis partibus: & præterea quin ita scripta essent quædam, ut posterioribus aut non satis sint animadversa, aut etiam dubitationem attulerint. Idque ita in omnibus fere legibus natura comparatum esse, ex experientia communi petitum, alibi docemur. *L. neque. L. non possunt. D. de legib. L. 2. §. his legibus. D. de orig. iur.* In quibus cognoscendis visum est nobis lectorum prudentiam brevi opera adiuvare.

CAP.

20) Nec recte Bald. *ad L. 1. C. unde vir.* socerum ac generum sibi invicem in defectu cognatorum, fisco excluso, succedere. Peius Accurs. *in §. mariti* 8. *v. postea in fin. I. de nupt.* cognatos uxoris succedere marito & vicissim. Vid. Tiraq. *de Retr. Lignag.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 19. *&* *Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Declar.* 15. *n.* 2. *&* 3. Forst. *Lib.* 9. *C.* 3. *n.* 7. Ranchin. §. 21. *n.* 4.

21) Ad rationem dubitationis conferatur Menoch. *de Arbitr. iud.* Q.Q. *Ca.* 101. *n.* 4. Nec tutor alius quam legitimus) pupillo succedit, contra quam quibusdam visum motis *L. quæ tutela* 73. *de R. I.* vid. Tiraq. *de Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Declar.* 13. *n* 4. *&* 5. Gomez. *in L. Taurin.* 8. *n.* 24. Ranchin. §. 22. *n.* 5.

22) Iure tamen Saxonico civitates mero & misto imperio præditæ ex consuetudine ius confiscandi bona vacantia usurpant, Coler. *Decis.* 72. *n.* 3.

23) Omnium quæstionum decisio nec ex L. 12. tabb. nec edicto prætoris, sed ex *Novell.* 118. repetenda, nisi consuetudine aut statutis aliud receptum, Vult. *in princ. Inst. h. t. n.* 18.

CAP. II.

De legitima successione liberorum.

I. TRes sunt igitur [1] cognatorum ordines & gradus, quos initio §. 1. constitutio proponit, & recto ordine persequitur. Primus descendentium seu liberorum; secundus adscendentium, seu parentum: tertius cognatorum, qui sunt ex transverso seu a latere, tam agnatorum, quam cognatorum. Partitio vetus, tradita item in *L. 1. D. de grad. & aff. & Inst. eod. tit.*

II. In successione legitima defuncti primus locus est defuncti liberis. De quo cavetur in §. 1. eius constitutionis. Hic ut quatuor occurrumt natura, de quibus quæratur: ita ius de hic constitutum operæpretium est distincte observare.

III. Quando igitur liberos ad legitimam hereditatem defuncti parentis vocari placet: prima hic quæstio est, an vocentur omnes, quicumque natura sunt liberi, nec ulli conditione sua aliis præferantur. Nam iure vetere alia hic conditio fœminarum fuit, alia masculorum: suorum filiorum alia, & alia emancipatorum: alia item filiorum, alia interdum nepotum. Unde huius partis perplexitas & incertitudo, ut sciri potest ex *Tit. Instit. de her. quæ ab intest. defer*. Hic placet omnes liberos [2] sine ulla

1) Ex lege 12. tabb. unus erat agnatorum. Et inter agnatos primi erant sui. Ascendeutium ordo non considerabatur, quia filiusfamilias non poterat habere heredem. Forst. *Lib. 3. de Success. C. 7.* quem & vide *Lib. 4. C. 12.*

2) Sexus discrimen antiquo iure geminum, idest ratione personæ, cui succedendum. Matri enim non succedebant liberi etiam masculi, ex lege 12. tabb. quia non erant eidem sui heredes, Ulp. *tit.* 26. §. 7. sed prætorio edicto vocabantur, post agnatos, ex capite: *Unde cognati pr. I. de SC. Tert.* Verum tempore M. Aurelii Antonini ex SC. Orphitiano vocabantur exclusis agnatis. Ulp. *d.* §. 7. tametsi in aliena potestate essent, *L. pen. D. ad SC. Tert.* non quod tunc bona manserint liberorum, ut Alc. 4. *Parad.* 3. *per L. 6.* pr. ibi *in veteris iuris, &c. C. de bon. quæ lib.* Acquirebantur enim per eos patri, sed quod interesset eorum potius, sie ad patrem pervenire quam ad agnatos, Bellon. 4. *Supputat.* 5. *n.* 3. Vetus vero ius in *d. L. 6. pr.* non denotat ius Digestorum, sed ea lege auterius, vid. *L. 1. & 2. C. de bon. mat.* Bellon. *d. loc. n.* 5. vid. de SC. Orphitiano P. Greg. 45. *Synt.* 2. *n.* 3. *& seq.* Ranchin. §. 5. Forst. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 6. *& C.* 21. *n.* 16. 2. ratione liberorum, quibus deferenda successio. Fœminæ enim exclusæ etiam hereditate paterna, non quidem lege 12 tabb. quia Imperator in §. 2. vers. *& hac quidem lex I. de Leg. agn. success. & in L. pen. pr. &* §. 1. *C. de leg. hered.* profitetur se legem 12. tabb. in usum reducere, Ranchin. §. 13. *n.* 6. Forst. *Lib.* 3. *C.* 12. *n.* 8. *&* 9. sed lege Voconia, cuius rogatione (ita malo legere, apud Paul. 4. *Sent.* 8. §. 22. cum

ulla exceptione conditionis pariter admitti sublata omni differentia vetere, nihil scilicet ut intersit, utrum sint filii, an filiæ 3; sui, an emancipati, aut ii, qui nunquam in potestate fuerunt; filii, an nepotes, neptesve. Quos quidem non gradus, sed con-

22. cum Cuiacio ibid. quam cum Fr. Balduino de Lege Voconia, ratione, quasi Lex illa nihil nominatim de legitimis hereditatibus caverit, sed qua ratione in testamentariis disposuit, eadem ad legitimas extensa sit) effectum ut fœminæ ultra consanguineas non succederent. Consanguinea autem non dicebatur patri filia, nec matri (nisi ex Cuiac. Sententia 11. Obs. 26. illi quæ in manum viri convenit) sed fratri, ac sorori qui in eiusdem potestate L. 3. C. de leg. tut. d. L. pen. pr. C. de leg. her. Cuiac. 6. Observ. 17. 11. Obs. 26. 15. Obs. 36. & in Nov. 84. Ræv. 5. Var. 1. P. Fab. ad L. 8. de R. I. Quæ a D. Traiano abrogata, quod in eius laudem memorat Plin. in Panegyr. Forst. d. Lib. 3. C. 12. n. 20. Iustinianus magis mulieribus indulgens in omnibus successionibus fœminas maribus æquavit, L. pen. & ult. C. de leg. hered. L. 4. C. de lib. præt. Vinc. Cabot. 1. Disp. 19. Apud Francos L. Salica sanxit. De terra Salica in mulierem ut nulla portio hereditatis transeat. Sed ea postea displicuit, Cuiac. 8. Observ. 14. Cabot. d. C. 19. Ranchin. §. 7. n. 1. & 2. excepta regni successione Nam & ad eam pertinere L. Salicam volunt, P. Greg. 7. de Rep. 11. n. 97. Cabot. 1. Disp. 16. Ranchin. de Success. int. §. 7. contra Hot. in Francogallia, C. 10. & sub nomine Matagonis de Matagonibus adv. Italogalliam Anton. Matharelli p. 34. & seqq. Licet vero Iustinianus naturæ accusatores vocet, qui tales differentias inducunt, d. L. 4. C. de lib. præt. & morem Armeniorum damnet, Nov. 21. Statuta tamen quæ potiorem filiorum conditionem faciunt, vel fœminas exstantibus masculis excludunt, valere, ac gravibus fulciri rationibus, ostendunt, Bodin. 5. de Rep. 2. p. 824. P. Greg. 45. Synt. 13. Forst. Lib. 3. C. 13. Schneid. ad tit. Inst. de leg. ag. succ. n. 10. Beust. ad L. 1. de Iurei. n. 167. & seqq. cum & iuri divino conveniant. Nov. 27. v. 8. De quibus statutis vid. A. Fab. 27. Err. Pragm. 9. & seq. & 28. Err. Pr. 1. & seqq. & 29. Err. 2. ac passim. An tum filius per rescriptum legitimatus sorores excludat, vid. Forst. Lib. 6. C. 37. n. 34. & seq. Fach. 6. Contr. 1. Arcens autem fœminas statutum etiam masculos ex eis descendentes, vid. Tiraq. de Iure primigen. Q. 12. n. 12. P. Greg. 45. Synt. 13. n. 6. Forst. Lib. 3. C. 16. & Lib. 4. C. 23. n. 70. & seqq. Iure Saxonum sæpe filiarum conditio potior, cum in successione matris utensilia, & omnem mundum muliebrem præcipiant. Quorum adeo incapaces filii, ut si omnes cognatæ desint, ad fiscum devolvantur, excluso etiam filio, Schneidw. ad h. t. Instit. Cap. de succes. Fisci n. 16. Quæ veniant appellatione utensilium vid. Zobel. P. 3. Diff. 5. & 3. Coler. Decis. 60. n. 31. & seqq.

3) Intuitus est Imperator iura naturæ & sanguinis, quæ per emancipationem mutari non convenit L. 8. de R. Iur. Itaque hodie emancipatus non indiget ope prætoria, ut intra certos dies petere bonorum possessionem cogatur, sed succedit iure civili, imperatoriæ constitutionis auctoritate, Schneidw. ad h. t. I. C. de success. filior. natural. & legit. n. 5. Ranchin. § 4. Forst. Lib. 8. C. 9. n. 6. A. Fab. 29. Err. Pragm. 10. p. 218. Ita enim expresse d. Nov. 118. C. 1. in fin. Et cum differentia agnatorum & cognatorum omnis sublata sit in successionem d. Nov. 118 C. 4. atque ita inter fratres emancipatos & in potestate retentos, inter nepotes ex filio & ex filia, quomodo deterior filiorum emancipatorum conditio? Quod si iure prætorio adhuc succederent: utique esset deterior, non tantum quoad succedendi modum, sed & quoad effectum, quia non excluderent filios suos, nepotes defuncti, propter edictum de coniung. cum emancip. liberis, & sic inæqualis esset successio, quod d. Nov. 118. non patitur. Diff. Alciat. 3. Parad. 10. Cuiac. ad d. Nov. 118. Quamquam post sublatam differentiam non ita omnia confusa, ut emancipatus suus dici queat, vel contra: sed & hodie emancipatus non ipso iure, sed aditione fit heres, quia illud proprium suitatis communicari non suis non potuit, Ranchin. d. §. 4. n. 3. A. Fab. d. Error. 10. p. 218. Cæterum nec discrimen ætatis LL. Romanorum attendunt, quibus ius primigeniorum incognitum, de quo exactus & pulcher Tractatus Tiraq. de I. primigen. vid. & Zoan. Lib. de Primatu prioris geniti, P. Greg. 45. Synt. 3. Andr. Knich. de Sax. non provoc. iure Gl. Electorum C. 3. Apud quos primogeniti præferantur hodie & olim. Tiraq. d. Tr. in Præfat. n. 3. & seqq. An ratione nitatur, & an favorabilis talis consuetudo, Tiraq. d. Tr. Q. 4. Odiosam esse, ac stricte interpretandam vult Vasq. Lib. 2. de Success. Resol. §. 13. n. 7. & 8. qui & 1. Ill. Contr. 8. n. 7. & 8. usum maioratuum apud Hispanos omnibus malis longe pestilentiorem vocat. Nicol. Sudor. Lib. 2. Disput. civ. p. 137. censet populari Reipublicæ statui magis convenire æqualitatem inter fratres: Regio autem imperio adsuetis expedire, ut in singulis domibus ac familiis unus primogenitus præsideat, & opibus præpolleat. Sed num caveri potest in matrimonii contractione ut primogenitus solus succedat? Negat Tiraq. d. Tr. Q. 6. An in Iure primogenituræ natus in matrimonio excludat prius genitum per subsequens matrimonium legitimatum, vid. Forst. Lib. 6. C. 24. Nec nativitatis. Nam & postumus parentibus heres §. 2. in fin. Instit. h. t. L. 3. §. 9. D. L. 3. C. de suis & legit. ipso instanti nativitatis, licet paulo post obeat. Gomez. 1. Resol. 1. n. 8. ubi quis sit huius rei effectus, etiam qui exsecto matris utero natus L. 1. §. 5. ad SC. Tertyll. In quo ratio dubitandi quod viperæ instar hic in lucem proserpat, ac quasi parricidio gignatur. Apulei. Apol. 2. Ranchin. §. 5. n. 8. Nec qui sequenti gradu sunt, admittuntur, cum nativitas in pendenti d. L. 3. §. 9. Sed si vivo parente conceptus, (non si post mortem avi, licet genuinus nepos, vid. infr. N. 11.) & intra legitimum pariendi tempus editus, quo LL. 10. mensibus definiunt L. 3. §. pen. de suis L. Gallus 29. pr. de lib. & postum. Quod & Iustinianus comprobavit Nov. 39. C. 2. quicquid refragetur Bas. 4. Paradox. 6. alienissimam d. C. 2. ac tum a verbis tum mente Imperatoris nimium quantum discrepantem sententiam adfingens. Quamquam de hoc tempore multa non philosophis tantum & Medicis, sed & iuris Interpretibus contentio. Vid. Arist. Lib. 7. Histor. animal. C. 4. Plin. Lib. 7. C. 5. Agell. 3. Noct. 16. Plutarch. Lib. 5. de Plac. Philos. C. 18. Fr. Valles de S. Philos. C. 83. & 1. Controv. Philos. & Medic. 1. Andr. Laur. Lib. 8. Histor. anatom. Q. 29. & seq. Bodin. in Theatro naturæ Lib. 3. p. 391. Alciat. 3. Parad. 7. Duar de LL. C. 4. & ad L. Gallus 29. pr. Tiraq. ad L. 8. C. de revoc. don. v. susceperit liberos a n. 205. usque ad n. 211. Cuiac. 4. Sent. Pauli. 9. Hot. 9. Obs. 9. Menoch. de Arb. Ca. 89. Mar. Salomon. in Paradox. ad L. Gallus fol. 11. & seq. Goth. ad d. Nov. 39. Bas. 4. Paradox. 6. Ranchin. de Succ. intest. §. 8. n. 2. Beust. ad L. 3. de Iureiur. n. 36. Ang. Matthæac. Lib. 3. Epist. legat. C. 17. & alii. Superest tamen discrimen, ac inæqualis quandoque communi parenti fit successio, ratione bonorum. Nam & regulæ Paternas paternis &c. in descendentibus locus, si adsint liberi diversorum matrimoniorum. Ex. gr. Titius ex prima uxore habet duos liberos, totidem ex secunda. Morienti succedunt omnes, sed ita, ut quæ a priore uxore lucroso titulo ad Titium pervenere liberi prioris matrimonii præcipiant L. hac edictali 6. §. 1. C. de sec. nupt. Pone: Superstes uxor secunda Titii nubit Caio. Liberi ex Titio cum liberis ex Caio mortuæ succedunt, ut tamen illi præcipuum habeant, quicquid mater a suo patre Titio consecuta, & hi ibidem quicquid a suo patre Caio, si forte is prior obiit. Vid. L. 3. & seqq. C. de sec. nupt. Forst. Lib. 4. C. 16. Ranchin. §. 14. Nisi facta sit unio prolium, sive cooptatio, ac coniunctio liberorum ex diversis matrimoniis, generali Germaniæ usu recepta. Gail. 1. Obs. 36. n. 6. & 2. Obs. 125. vid. P. Gilk. de Præscrip. Pr. 3. C. 3. n. 64. & seqq. Bart. Musculus de Success. convent. Class. 1. Membr. 3. Iure Saxonum filiæ prærogativam habent in utensilibus. Ut litis præcedentiam filii quandoque in rebus expeditoriis, de quo vid. Diff. I. Civ. & Sax. P. 3. Diff. 3. n. 10. & seqq. Coler. Decis. 203. Denique liberi monstrosi non succedunt, quin nec sunt liberi, L. 14. de sta. hom. vid. Menoc. Arb. C. 491. n. 25. & seqq. Iure autem Saxonum nec imperfecti partus vel ad feuda vel hereditates admittuntur, ut pumiliones & qui diminutis ac mutilatis membris nascuntur, Landr. Lib. 1. Art. 4. Reinh. P. 1. Diff. 47. Zobel. P. 3. Diff. 24. Dauth. de Testam. n. 307. & seqq. item Hermaphroditi (pueri duplicis & ambigui sexus ac bimembres, ut vocat Iuvenal. Sat. 13.) dd. locis. Secus Iure Civ. L. 10. de sta. hom. tametsi veteres eos, quandocunque repertos, ceu pro monstris habitos, ominis avertendi caussa, in mare proiecerint, ut Livius pluries: vid. Mercer. in Conciliatore p. m. 735. Marc. Freher. 2. Parer. 26. Item leprosi d. Art. 4. Coler. Decis. 72. Sunt & quibusdam ex caussis liberi successionis incapaces, de quibus vid. Ranchin. §. 7. & §. 16. Forst. Lib. 4. C. 23. Cuiusmodi & hæretici quidam, quæ petenda ex tit. C. de hæret.

conditio tantum olim prohiberet. Nam interdum gradus probibet, de quo mox.

IV. De duobus generibus liberorum etiamnum hic dubitatur, quorum de altero non satis hic expressum est; alterum etiam magna ex parte est omissum. Prius est adoptivorum, sive in his agatur de successione naturalis parentis, qui filium in adoptionem dedit; sive de successione parentis adoptivi. Alterum spuriorum, id est eorum, qui extra iustum matrimonium nati sunt, nec sunt legitimi. *L. vulgo. L. de stat. hom.*

V. De adoptivorum successione legitima [4] in utriusque parentis, naturalis, & adoptivi hereditate, ius constitutum est diligenter a Iustiniano in *L. cum in adoptivis, pen. C. de adopt.* cui cum in constitutione Novella nihil caveatur contrarii, nempe id etiamnunc servandum esse intelligimus.

VI. De spuriis sic ius est. Interest, utrum nati sint ex ea muliere, cum qua potuit esse connubium; an vero nati ex incestis & interdictis nuptiis. Si ex ea, cum qua licitum connubium fuit; [5] ad matris hereditatem admittuntur non secus, quam si essent legitimi. *§. novissime. Inst. de Sen. Orph.* Sunt enim non minus liberi matris; mater autem semper certa.

VII. Et quidem ita admittuntur, ut placeat admitti cum legitimis defunctæ liberis, nisi [6] mater fuerit illustris. *L. pen. C. ad sen. Orph.* In quo, quod Iure vetere vocantur spurii ad successionem matris ideo, quia liberi: aperte id ius hac constitutione confirmatur. Quod autem placuit eos non succedere cum legitimis liberis, si mater fuerit illustris, exceptio est a regula, quæ regula initio §. 1. Novellæ constitutionis statuitur: sed quæ ea constitutione non mutatur tamen. In toto enim iure generi per speciem derogatur. *L. in toto iure. D. de reg. iur.*

VIII. At non succedunt spurii [7] patri naturali ab intestato, etiam si quis opinione hominum habitus sit pater, atque adeo ipse se patrem agnoverit, ac pro patre gesserit: si modo ex concubina eius nati non sint. *auth. licet. C. de nat. lib.* Et merito. Idque etiam maxime ex sententia Novellæ constitutionis, quoniam extra matrimonium pater non est. Mater enim natura semper certa. Pater, qui alioqui natura facile certus esse non potest, is solus, quem nuptiæ demonstrant. *L. quia. D. de in ius voc.* Unde qui extra matrimonium nati sunt, dicuntur vulgo concepti. *d. L. vulgo. D. de stat. hom. d. L. quia.* Hoc tamen ita, ut dixi: nisi spurii [8] nati sint ex concubina, quæ sola fuerit defuncto indubitato affectu coniuncta. Tunc enim placet, si naturali patri nulli sint legitimi liberi, nec supersit coniux legitima, natos ex concubina succedere defuncto; sed in duas uncias dumtaxat, unde ipsi alantur. *d. auth. licet. C. de nat. lib.*

IX. Vbi quod placuit, si defuncto supersit coniux legitima, filios naturales etiam ex concubina natos in totum removeri: mirum videri potest. Non enim profecto ideo placet, quod ipsa non exstantibus liberis marito succedat. Præferuntur enim uxori cognati defuncti omnes *L. unica, C. unde vir & ux.* Cur igitur? Puto ideo, ut parceretur pudori honestæ & legitimæ uxoris, sive ut occurreretur iusto dolori eius, quam verisimile est iuste offensum iri; si quos videat se viva in numero & iure liberorum defuncti haberi aliunde susceptos, quam ex honesto & legitimo matrimonio, quale ipsius fuit cum defuncto. Id autem futurum est, si, ipsa superstite, naturales illi nulla ex parte defuncto succedant.

X. Quod si qui ex incestis & interdictis nuptiis nati sint. Placet eos ne [9] matri

4) Vid. Tiraq. *de iure primig.* Q. 84. Ranchin. §. 6. Forst. *Lib.* 1. *C.* 10. *n.* 14. *& seq.* ac plenius *Lib.* 5. *C.* 2. 3. *&* 4. Schneidv. *l. h. t. Cap. de Successi. adopt.* Borch. *de Grad. p.* 192. *& seqq.* P. Greg. 45. *Synt.* 5. Quoad hos vero discrimen suitatis & emancipationis non est sublatum, Schneidv. *d. lo. n.* 7. §. 4. *n.* 5. Forst. *Lib.* 4. *C.* 3. *n.* 4. *&* 5. Sed nec ex statuto filios vocanti adoptivos venire, nec in iure primogenituræ, nec excludere fœminas &c. Tiraq. Q. 84. *n.* 7. Ac in Francia generaliter non succedere. Idem *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 8. *n.* 16. *& Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Decl.* 14. *n.* 2.

5) §. *Vulgo* 4. *I. de suc. cog. L.* 1. §. 2. *ad SC. Tert. L.* 2. *L.* 8. *Unde cog.* Forst. *Lib.* 6. *Ca.* 11. *& C.* 48. Hart. Pist. *Lib.* 1. Q. 42. Confer. *not. supra Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 16.

6) Si autem iusti liberi non existent: etiam illustri argumento a contrario sensu ex d. *L.* 5. Forst. *d. C.* 48. *n.* 3.

7) §. 4. *I. de success. cogn.* P. Greg. 45. *Synt.* 6. Quod & iuri divino convenit *Gen.* 21. *v.* 10. *& seqq. ad Galat.* 4. *v.* 22. Unde Forst. *Lib.* 6. *C.* 34. *n.* 47. *& seqq.* nec leges municipales, quæ spuriis successionem patrum deferunt, valere arguit, cum pugnent cum iure divino, ratione, ac honestate; libidinibus fenestram aperiant; ac legitimis hereditatem debitam indigne eripiant.

8) *Nov.* 89. *C.* 12. Sed patri tantum, non etiam avo paterno *L. ult. C. de nat. lib.* Vid. de successionibus naturalium, Cuiac. *in Nov.* 18. Gomez, *ad L. Taurin.* 9. *&* 3. *seqq.* Vasq. 3. *Ill. Controv.* 102. *n.* 15. Scheidv. *Inst. h. t. Ca. de Success. natural.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 10. *& seq.* A. Fab. 1. *Iurisp.* 9. *Princ.* 2. *Ill.* 1. Goth. *ad Nov.* 89. *Cap. ult.* Borch. *de grad. pag.* 190. *& seq.* Iure Sax. videntur nec matri succedere posse per *Lib.* 1. *Landr. Art.* 38. *& Art.* 51. Sed rigor ille temperatur ut accipiatur de natis ex damnato coitu, Scheidv. *d. loc. n.* 20. Sed si legitimati fuerint naturales, succedunt, de quo vid. §. 2. *vers. quibus connumerari I. h. tit. Nov.* 89. *C.* 1. *& seqq.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 28. *& seqq. & C.* 38. *& C.* 45. Cuiac. *consl.* 52. Borch. *de Grad. pag.* 195. *& seqq.* P. Greg. 45. *Synt.* 7.

9) *L.* 6. *& auth. ex complexu C. de incest. nupt.* ut nec alimenta eis tribui LL. civiles velint, *d. Auth. ex complexu Nov.* 89. *C. ult.* Secus Iure Canonico, de quo alibi, vid. Ranchin. §. 7. *n.* 18. Forst. *Lib.* 6. *C.* 50.

tri quidem succedere. *d. auth. licet, in fin. C. de nat. lib.* Idque nec repugnante Novella constitutione, quasi scilicet nec ea mater fuerit, quam ius publicum pro matre repudiat. *§. si adversus. Inst. de nupt.*

XI. Secundo loco de liberis quæritur, an, ut omnes sine discrimine conditionis ad hereditatem legitimam parentis vocantur: ita admittantur simul omnes liberorum gradus, puta filii, nepotes, pronepotes, & deinceps reliqui. Et nihil aperte de hac re definitum est in *d. §. 1. Nov. constit.* sed scriptum est in eo id, ex quo huius rei definitio attendenti satis intelligatur. Scriptum est enim in vers. *sic tamen.* Si quem horum descendentium filiis relictis mori contigerit: [10] illius filios aut filias, aut alios descendentes in sui parentis locum succedere. Quo significatur, si parens liberorum vivat, placere huic iuri locum non esse. *argum. in L. 1. vers. huius. D. de off. eius cui mand. est iurisd. L. si procuratorem. §. igitur. iuncto §. præcedenti. D. mand.* Hinc pluribus gradibus liberorum defuncto parenti relictis, puta filiis, & nepotibus, fit hæc de his simul admittendis aut non admittendis distinctio: ut si quidem pater nepotum mortuus est; tum nepotes admittantur, sive [11] sint soli proximi avo, si relicti cum alio filio defuncti, eodemque patruo eorum, quamquam gradu priore: ut sic duo gradus dispares simul admittantur. Nam & eorum nepotum pater, idemque filius defuncti, si viveret, succederet una cum altero filio fratre suo communi patri. Nunc autem nepotum patre mortuo, placet mortuo, placet nepotes in locum eius succedere. Quo fit, ut, quasi nepotes eumdem gradum cum altero filio obtineant: ita nihil his prior gradus obstet, quominus ad eamdem hereditatem una recte vocentur. Sin horum nepotum pater, idemque defuncti filius vivit; tum solus hic admittatur, exclusis nepotibus ex eo natis: ut semper [12] vivus filius obstet nepotibus ex se natis in successione avi, scilicet quia ex supra scriptis verbis constitutionis non possint succedere nepotes avo: nisi prius in proprii parentis locum successerint. Quod illi vivente patre facere non possunt.

XII. Et hoc quidem admittunt omnes, si filius ipse, idemque nepotum pater, sit in potestate patris sui, eiusdemque nepotum avi: aut sit ipse quidem emancipatus, sed & nepotes quoque emancipati; aut ii qui nunquam in potestate avi fuerint, puta ex emancipato filio concepti. At quid, si filius emancipatus fuerit a patre, nepotes ex eo retenti in potestate? an idem dicemus ex hac constitutione; an vero potius manebit etiam nunc in hac specie vetus edictum prætoris, quo coniungebantur cum emancipato liberi eius, qui in potestate avi mansissent? *L. 1. D. de coniung. cum em. lib. eius.* Perspicuum vero est ex hac constitutione idem hic in emancipato admittendum esse, quod in filio suo herede, ut & emancipatus iste filiis suis præferatur, & in solidum succedat patri, postquam hac constitutione nihil interest ad ius successionis, utrum

10) Atque hoc est, ius quod vocatur repræsentationis quod a Ranchino §. 3. *n.* 8. definitur: Successio liberorum posterioris gradus in suorum locum portionemque, ita tamen ut plures habeantur pro uno. Forst. *Lib.* 4. *C.* 19. *n.* 3. successionis ius quo liberi ulteriores gradu cum proximioribus in hereditate avi vel patrui, patris locum ingredientes, in stirpes succedunt. Atque hoc institutum esse iure divino probat Tiraq. *de l. primigen. Q.* 40. *n.* 23. *&* Furst. *d. C.* 19. *n.* 4. *&* *C.* 14. *n.* 4. Nam & Lothum ad successionem avi cum patruis admissum apparet, ex *Gen. C.* 11. *in fin. &* *C.* 12. Et iure gentium receptum. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. creat.* §. 27. *Lim.* 31. *n.* 18. Forst. *d. C.* 19. *n.* 5. uc in successione statutaria eidem locus Forst. *d. C.* 14. *n.* 16. *&* *C.* 22. *n.* 10. Cuius iuris quatuor rationes adducit idem *d. C.* 14. *n.* 5. *& seqq.* A. Fab. 55. *Error Pragm.* 1. hoc ius esse ex lege 12. tabb. quæ *suum* nominat. Et quod nepos in *suitate* succedit, subintrans patris locum id quoque fieri vi *suitatis*. Quia enim filius vivo patre dominus, nihil ut desit præter administrationem *L.* 11. *de lib. & posthum.* si moritur, transmittit in filium suum quasi iam sibi quæsitum.

11) Consideratione enim stirpium civili, filii nepotibus non sunt proximiores: nec mortuus censetur filiusfamilias ille, cuius supersunt filii, qui stirpis consideratione eamdem quam pater sustinuerat, personam in avita successione induisse finguntur, Rævard. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 19. Forst. *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 5. *& seqq.* Tiraquel. *de iure primigen. Q.* 40. *n.* 31. *& seq.* A. Fab. 55. *Error. Pragm.* 1. Nepos ex prædefuncto æque *suus*, quia æque in potestate, & licet sit ulteriore gradu agnatus, non tamen & *suus*, quia suitatis gradus nulli. Olim autem per fœminas descendentes & nati ex filia, etiam masculi, non succedebant avo, nec repræsentationis iure fruebantur §. *item vetustas* 15. *I. h. t.* Nec enim succedere poterant in locum matris, tametsi illa *sua* heres esset, quia familiam non avi materni, sed patris sequuntur, nec idem pluribus *suus* heres esse potest, A. Fab. *d. Error.* 1. Quod quomodo correctum vid. idem *Err. seq.* Ranchin. §. 9. Forst. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 7. *&* 8. Post mortem etiam avi conceptum nepotem leges ad successionem non vocant, §. *& licet* 8. *I. h. t. L. Titius* 6. ubi species ponitur, de suis & legit. *L.* 1. §. 8. *Unde cogn. L.* 6. *in fin. pr. de inoff. rup.* Ranchin. § 3. *n.* 4. *&* §. 8. *n.* 2. ubi, unde cognoscatur an tempore mortis sit in utero. Forst. *Lib.* 4. *C.* 23. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 82. *& seq.* Alc. *in L.* 195. *de V. S. n.* 17. Quod tamen declarat ut non admittatur ex propria quidem persona, sed ex parentis admittatur, iure transmissionis vel repræsentationis, quia certe ex avo non minus sanguinem suum trahit, Forst. *d. C.* 23. *n.* 7. Tiraq. *d. lo. n.* 93. Quæ opinio benignior est, sed verbis superiorum *dd. LL.* non convenit. Nam controversia quoque, an qui repræsentationis iure veniunt, ex persona propria, an patris succedant, de quo Forst. *Lib.* 4. *C.* 20. utriusque sententiæ auctores rationesque referens. Iure autem novo, quo non suitatis, sed sanguinis spectatur admitti potest.

12) Consentiunt *DD.* communiter Ranch. §. 4. *n.* 3. Wes. *in Par. de coniung. cum empt. lib.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 34. A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10. *p.* 218. Dissent. Cuiac. *in Nov.* 118.

filius sit sui iuris, an in potestate. Quod bis in *d.* §. 1. traditur, in principio nimirum, & in fine. Itaque ut hoc recte admissum est ab Accursio ibidem ad verbum potestatis; ita & illud recte scriptum, quod & cæteri non inepti interpretes sequuntur, sublatum esse hac parte titulum illum *D. de coniung. cum em. lib. eius*.

XIII. Tertio loco quæritur, an ut omnes liberi sine discrimine conditionis, sæpe etiam diversi liberorum gradus admittuntur: ita admittantur soli liberi, exclusis omnibus non solum cognatis, sed etiam parentibus. Et placet, ut admittuntur omnes, sic admitti solos exclusis etiam parentibus, iisque proximis, & eodem gradu distantibus, idest primo, ut patre & matre. Neque hoc ius novum est, sed vetus, & [13] naturalem rationem habet, quæ tanquam lex quædam tacita putatur liberis addicere parentum hereditatem, velut ad debitam successionem eos vocando, ut est in *L. ult. in pr. D. de bon. damn.* non item parentes vocare, liberis defuncto extantibus, propter commune parentum [14] votum, & naturalem erga liberos caritatem. Quæ Papiniani ratio est in *L. nam etsi. D. de inof. test. L. scripto. §. ult. D. unde liberi.*

XIV. Illud contra ius vetus, quod hic adiicitur; & tamen prioribus constitutionibus quibusdam tum Leonis, tum Iustiniani iam ante inductum, puta *L. quæcumque. C. de bon. quæ lib. L. ult. C. com. de succ.* Ut quanvis defunctus fuerit in potestate patris aut avi, quem superstitem filius relinquit: tamen eius liberi, cuiuscumque sint sexus aut gradus, parenti defuncti præferantur in omnibus bonis, quæ ex constitutionibus patri non acquiruntur, Iure vetere aliter, quo placebat, [15] si filiusfamilias etiam miles intestatus decessisset, hunc heredem non habere: sed bona eius non quasi hereditatem, sed quasi peculium patri deferri. *L. 2. D. de castr. pec.* Quod si valuit in peculio castrensi: licet hinc intelligere, in reliquis peculiis filiifamilias, etiam quæ patri non acquirerentur, multo magis idem ius valuisse, puta quasi castrensibus, & adventitiis, utpote in quibus filiusfamilias aut minus iuris habuit, aut certe non eodem privilegio personæ cœpit obtinere. Quo iure qui intestatus filiusfamilias heredem non habuit, patrem, cuius fuit in potestate, peculii occupatorem habuit. Nunc ex hac constitutione, & superioribus, in his omnibus quæ vivo filio patri non acquiruntur, intestatus eosdem habet heredes, quos habiturus esset, si fuisset sui iuris. Unde & liberi eius illi succedunt, & patri defuncti præferuntur.

XV. Quæ peculia filiifamilias patri non acquiruntur, constat hæc esse, castrense, quasi castrense, adventicium. 1. §. *Iust. per quas pers. nob. acq. L. 1. §. nec castrense. D. de coll. bon. L. ult. C. de inoffic. testam.* Sed adventicium hactenus, ut proprietas sit filii, ususfructus patris. *d.* §. 1. *per quas per. L. cum oportet. C. de bo. quæ lib.* Ergo in castrense & quasi castrense peculium pleno iure liberi defuncti filiifamilias succedent: in adventicium, ad proprietatem dumtaxat, ususfructu salvo manente defuncti patri, quem & prius vivo filio habuit, ut significatur in hac constitutione. Quod non singulari aliquo iure constituitur in hac caussa, sed ex communi ususfructus iure respondetur, quo placet usumfructum non domini proprietatis, sed solum fructuarii morte finiri. *L. 3. C. de usufr.*

XVI. Non est in hoc numero peculium profecticium filiifamilias. Id non filii ulla ex parte, sed totum est patris. *d.* §. 1. *per quas person. d. L. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* Proinde nihil hinc filius ad liberos suos transferet. Non enim potest transferre ut suum, quia eius non est, non ut alienum, quia plus iuris nemo transferre potest, quam habuit; *L. nemo plus. D. de reg. iur.* non etiam ut hereditatem, quia nihil amplius est in hereditate cuiusque, quam quod defunctus habuit. *L. hereditas. D. de reg. iur.*

XVII. Excipienda est dos filiæ profecticia. Hæc proprium est patrimonium filiæ,

13) Quia hoc parentum εὐχῇ convenit, ut quos in hanc lucem, multis miseriis expositos, procrearunt, præsidio bonorum munitos relinquant, *L.* 50. §. 2. *in fin. de bon. lib.* cum & pars corporis paterni sint *L.* 21. *C. de agric.* personam patris referant, ac per eos memoria conservetur *L.* 22. *in f. de V. S.* Forst. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 9. & 10. Gomez. 1. *Res.* 1. *n.* 4. P. Greg. 45. *Synt.* 1. *n.* 12. & *seqq.* Unde parentibus solemne optare liberos suos sibi superstites, Cic. 2. *de Nat. Deor.* Contra nefas habitum liberis precari parentes superstites, scite Ian. Gruter. *Lib.* 4. *Suspicion. C.* 1.

14) Successio parentum & liberorum inter se debita potius, quam lucrativa. Et dicitur his coniunctis personis debitum naturale persolvi *L. un. C. de impon. lucrat. desc. Lib.* 10. *Tit.* 35. P. Fab. *ad L.* 82. *de R. I. in fin.* Unde si ex lege vel statuto de lucrose acquisitis aliquid præstandum sit, extranei tantum heredes obligati, non sui, Forst. *Lib.* 2. *C.* 18. *n.* 19. & 20.

15) *L. pen. C. de castr. pecul. mil. Lib.* 12. *Tit.* 37. *L. ultim. pr. D. ad. SC. Tert.* Discrimen hoc: Nulla erat opus patri aditione, ad heredem statim hæc bona transmitti poterant; furiosus etiam retinebat, qui iure hereditario habere non potuisset. Et creditores non habebant obligatum patrem nisi ad vires peculii, Ranchin. §. 11. *n.* 3. *Scip. Gentil. de bon. matern. C.* 4.

liæ, quanvis filia ſit in poteſtate. *L. 3. §. ergo etiam. D. de min. L. Pomponius Philadelphus. D. famil. ercifcun.* Quamobrem ex hac conſtitutione etiam ad liberos defunctæ pertinebit, non redibit ad patrem: idque etiam olim ius fuit. *L. poſt dotem. D. ſol. matrim.*

XVIII. Interdum tamen, quod ſupra attigimus in ſucceſſione viri & uxoris, & ad utrumque locum pertinet, etiam cum liberis defuncti admittitur pater aut mater. Quod duobus caſibus inductum eſt conſtitutionibus. Unus eſt, ſi coniux defunctus locuples fuit, ſuperſtes inops. Hic placuit uxorem ſuccedere marito cum liberis mariti: maritum uxori cum liberis eius, ſive liberi amborum communes ſint, ſive alterius matrimonii, in quartam partem uſusfructus bonorum, ſi tres ſunt liberi, vel pauciores: ſi plures, in virilem. *auth. præterea. C. unde vir & ux.* Alter caſus eſt, ſi matre viva pater filios emanciparit, deinde poſt mater deceſſerit. Quo caſu placuit patrem inter liberos communes emancipatos vocari in virilem partem uſusfructus. *L. 3. C. de bon. matern.* Quorum poſterius iam olim conſtitutum erat a Theodoſio: prius a Iuſtiniano quidem, & Novellis conſtitutionibus, ſed his tempore prioribus. Neque ideo tamen quiſquam putet mutari hac conſtitutione, ut poſteriore: quanvis conſtitutio hæc ſit, ut liberi defuncti omnibus eius parentibus præferantur. Generalis enim hæc conſtitutio eſt, ius vetus & ipſa continens. *§. 1. §. emancipati. Inſt. de her. quæ ab int. def. L. ult. D. de bon. damnat.* Superiora duo huius iuris exceptiones ſunt, quas iure ſingulari, propria ratione humanitatis cauſſa conſtitutas eſſe apparet. In toto iure generi per ſpeciem derogatur, & id potiſſimum habetur, quod ad ſpeciem directum eſt. *L. in toto iure. D. de reg. iur.* Sed & quod dicitur, poſteriores leges trahi ad priores, niſi ſint contrariæ, *L. ſed & poſteriores, D. de legib.* hoc ipſum declarat. Significat enim priores leges ineſſe videri poſterioribus. *L. ideo quia. D. de legib.* Ut intelligamus quæ prioribus legibus in ſpecie aliqua generis temperata aut excepta ſunt, eadem quoque & poſterioribus generalibus excepta videri.

XIX. Ad extremum quæritur, cum liberi plures ſuccedent, ſive unius gradus erunt, ſive plurium, & eorum diſparium; quibus ex partibus dividatur inter eos hereditas. Placet inter eos, [16] qui ſunt eiuſdem gradus & ſtirpis dividi in capita, inter eos autem, qui [17] vocantur ex diverſis gradibus, aut in eodem gradu ex diverſis ſtirpibus, dividi in ſtirpes. Quod indicatur in *d. §. 1.* huius Novellæ, declaratur exemplis in *§. cum filius. Inſt. de hered. quæ ab. int. def.* Succedere autem plures in capita dicimus, cum quot ſunt capita, tot inter eos fiunt partes, id eſt viriles & æquales; ſeu ut hoc explicatur in *§. ſi vero neque ead. Novel. de rer. ab int. ven.* cum pro numero perſonarum inter eos hereditas dividitur. In ſtirpes autem, cum non pro numero perſonarum, ſed ſtirpium, unde hi qui vocantur, originem ducunt, fit diviſio; ut qui ſunt ex una ſtirpe, unam partem ferant; qui ex altera, alteram: etiam ſi ex una ſtirpe ſit unus tantum; ex altera ſex aut plures. Id rurſum ſic declaratur in *§. 1. eiuſdem Novel. verſic. tamen. & d. §. cum filius. Inſt. de her. quæ ab. int. def.* Hoc ergo dicimus; ſi plures ſint filii, omnes ſuccedunt in capita, ideſt, pro æquis partibus, ut ipſi inter ſe & gradu & ſtirpe ſunt pares. Idem ſervatur & inter plures nepotes, qui ſunt ex eodem patre, cum de portione legitima inter eos dividenda agitur. *L. Papinianus. §. quoniam, in fin. D. de inoffic. teſt.*

XX. At ſi ſit defuncto filius, & ex altero filio tres aut quatuor nepotes: ſic admittuntur una omnes, ut ſi conferantur inter ſe gradus, nepotes cum altero filio eodemque patruo ſuo ſuccedant in ſtirpes, id eſt ita, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio nepotes alteram dimidiam. *d. §. cum filius de her. quæ ab int.* Quin etiam etſi [18], qui vocantur liberi, ſint eiuſdem gradus, ſi ta-

16) Uti vocantur in *L. 23. de bon. lib. L. 13. §. 1. contr. tab. L. 5. §. 7. L. 8. pr. de leg. præſtand. L. 67. §. 4. de leg. 2. L. 2. C. de ſuis & legit. ac ſimil.* Forſt. *Lib. 3. C. 34. n. 4.*

17) Sic vocatur ſucceſſio hæc, quia ut ex ſtirpe diffuſi plures rami ad eumdem ſe referunt, ita cognationes ex ſtirpe progrediuntur & generantur. Ac ſicuti ſtirps primo in maiores ramos diſpeſcitur ac protenditur, qui deinde in minores diſperguntur, ita cognationes initio pauciores ramos ſortitæ, poſt ſinguli in plures minores diffunduntur. Itaque fit in ſucceſſione ut unus ramus craſſior, tantum quantum alter, qui in plures minutiores abiit, accipiat. Forſt. *Lib. 3. C. 34. n. 3.*

18) *L. 2. §. 2. de ſuis & legit.* Ulp. *tit. 26. §. 2.* & per *L. nemo plus 54. de Reg. iur. &* ne alias patruis vel amitis, quibus cum ſuccedunt, fiat iniuria, Ranchin. *§. 2. n. 6. & 7. §. 9. n. 1.* vid. Forſt. *Lib. 4. C. 14.* Convenit Ius Sax. *Lib. 1. Art. 5. princ.* Schneid. *Inſtit. h. tit. C. de ſucceſſ. lib. nat. & legit. n. 12.* Coler. *Deciſ. 47. n. 8. & 9.* Idem eſt in pronepotibus *§. 6. & §. ultim. l. h. t. & ſimil.* Sed an in ulterioribus quoque repræſentationi locus? Negant quidam, maxime per *d. §. 6.* ex quorum ſententia abnepotes, ſi ſoli ex diverſis liberis adeſſent, in capita ſuccederent, ſin cum aliquo defunctum propius contingente concurrerent, ab eo excluderentur. Sed affirmatio verior ac æquior, maioreque approbatione docentium

ſi tamen diverſarum ſtirpium ſint: vocantur & ipſi inter ſe in ſtirpes. Quod accidit in duorum filiorum demortuorum filiis, avi nepotibus ad hereditatem eius avi vocatis. Sunt hi eiuſdem gradus omnes. Quaſi tamen ſucceſſiſſent in locum filiorum patrum ſuorum, ita eorum perſonam & ſtirpem hic referunt, ſuccedunt que in ſtirpes: id eſt ita, ut quotquot ſunt ex uno, tantum accipiant, quantum ipſorum pater, id eſt ſtirps ſua acceptura eſſet, ſi viveret; nihil amplius. Proinde ad unum aut duos, qui ſunt ex uno filio, pars dimidia pertineat: ad tres aut quatuor, qui ſunt ex altero filio, altera dimidia. *d. §. cum filius, in fin. de her. quæ ab int. d. L. Papinianus, §. quoniam. D. de inof. teſt.*

tium & iudicantium obtinnit: teſte Forſt. *Lib.* 4. C. 21. *n.* 6. Et probatur §. *ult. I. h. t.* verbis *& alias deinceps perſonas*. Quibus ſimilia verba *in L.* 1. §. 8. *de ſuis & leg. L. ultim. C. eod. Novell.* 118. C. 1. ibi *aut alios deſcendentes L.* 6. §. 1. *de her inſt.* ubi deinceps cæteri dicuntur redigi ad filiorum conditionem *L.* 4. *in fin. & L.* 5. *de his qui ſui.* Et Arg. *L. un. C. de his qui ante apert. tab.* ibi *cuiuſcunque gradus*. Si tranſmiſſioni locus in infinitum, quæ difficilius inducitur, magis repræſentationi. Et quia in linea collaterali tantum eſt coarctata ad tertium gradum. Alia ratio eſt lineæ rectæ, ubi quantumcunque remoti, traxerunt tamen ſanguinem ſuum ab eo, de cuius ſucceſſione agitur. Et par affectio cenſetur defuncti erga liberos cuiuſcunque gradus, *L.* 220. *de V. S.* Non obſt. *d.* §. 6. quia exempla non reſtringunt regulam, ſed loquuntur de caſibus crebrioribus. Et non reperitur exemplum abnepotis in iure in hac materia, quia perraro contingit ut huiuſmodi ſit conceptus vivo eo de cuius ſucceſſione agitur, Gomez. 1. *Reſol.* 1. *n.* 15. Forſt. *d.* C. 21. *n.* 6. & C. 22. *n.* 12. Ranchin. §. 3. *n.* 8 Mynſ. *in* §. 6. *I. h. t. n.* 6. Schneid. *I. h. t. C. de ſucc. fil. nat. & legit n.* 17. & *n.* 21. *ac ſeq.* (qui & *n.* 23. idem obtinere iure Sax. quibuſdam nequicquam, per *Art.* 17. *Lib.* 1. renitentibus) & *Cap. de* 3. *ord. ſucc. n.* 12. Borhe. *de Grad. p.* 186. Arumæ. *ex Iuſtin.* 11. *Th.* 5. Nova eſt, opinor, diſtinctio, Vulteii *in pr. Inſt. h. t. n.* 33. quod ſi ulteriores cum filiis primi gradus concurrant, ab iis excludantur; ſin cum nepotibus, cum illis in ſtirpes admittantur, ſed quæ nec LL. nec æquitati convenit.

C A P. III.

De legitima parentum ſucceſſione.

Ordo parentum ſecundus in ſucceſſione cognatorum, & quare poſt liberos vocentur ad ſucceſſionem parentes. I.

Duo hic ſtatuit Iuſtinianus diverſa, duo affinia ſucceſſioni Liberorum. II.

Parentes omnes ſimiliter liberi, ſuccedunt ſine diſcrimine ſexus aut ſtirpis. III.

Et e diverſa ſtirpe venientes ſuccedunt itidem in ſtirpes & non in capita. IV.

Contra ac liberi, in diſpari gradu parentes proximi excludunt ubique remotiores. Quæ huius differentiæ ratio. V.

Nec ſoli parentes, ſed cum his fratres & ſorores ex utroque parente vocantur ad hereditatem liberorum æquis partibus & pleno iure. VI.

Immo cum parentibus & fratribus filii germanorum *fratrum demortuorum ex novella altera conſtitutione concurrunt in* ſtirpes. *Ex uno latere coniuncti fratres a parentibus excluduntur.* VII.

I. SI nulli liberi defuncto erunt [1] ſecundo loco vocantur ad hereditatem parentes §. *conſequens, ead. Novel.* Liberis quidem parentum debetur hereditas naturæ quadam velut tacita lege, propter huius ſimul & parentum commune votum: non item parentibus hereditas filiorum, ut ſupra diximus. *d. L. ult. D. de bon. damn. L. ſcripto. §. ult. D. unde lib.* Sed tamen turbato ordine mortalitatis, ut eiuſdem Papiniani ſententia eſt, etiam parentes ad bona liberorum & pietas & ratio miſerationis admittit. *L. nam etſi. D. de inoffic. teſtamen. d. L. ſcripto. §. ult. unde lib.*

II. Quid autem hic conſtituat Iuſtinianus, obſervandum eſt. Et in ſumma quatuor conſtituit ad quæſtiones ſupra in ſucceſſione liberorum expoſitas pertinentia, in quibus duo ſunt ſimilia cum ſucceſſione liberorum; duo diſcrepant.

III. Primum hoc ſimile, quod ut liberi vo-

1) Merito hic ordo ſecundus, quia parentes poſt Deum nobis vitæ auctores, nec iis ſat dignæ poſſunt rependi gratiæ Parentibus infinitæ curæ & onera in educatione liberorum. Hereditas eſt honor *L.* 26. *Si quis om. c.* cum amor paternus omnes vincat, qui plus diligit magis remunerandus. Maximus mœror ex obitu liberorum hoc ſolatium leve expoſcit, Cic. *pro Quintio*. Succeſſiones mutuas eſſe convenit, per *L.* 4. *de vulg* Et correlativorum eadem natura. Hæc & alia Forſt. *Lib.* 7. C. 1. & P. Greg. 45. *Synt.* 10. *n.* 1. 2. 3.

ri vocantur omnes sine discrimine conditionis: ita & parentes [2] hoc ipso, qui parentes sunt, sive sint masculi, sive fœminæ; & sive [3] per patrem coniunguntur, sive per matrem. Ita simul vocantur pater & mater: cum ex [4] senatusconsulto Tertylliano præferretur matri pater manumissor. *L.* 2. *§. obiicitur. D. ad Tertyll. L.* 2. *C. eod. §. præferuntur. Inst. de sen. Tertyll.* Similiter, patre & matre mortuis, admittuntur pariter avus paternus & avia paterna: item avus maternus, & avia materna.

IV. Alterum & illud simile de partibus hereditatis inter plures parentes servandis, ut sicut in liberis, ita & hic, ubi parentes [5] ex diversis stirpibus plures vocantur, succedant non in capita, sed in stirpes. Id quod in patre & matre simul succedentibus minus apparet, quoniam etsi hic duæ stirpes sunt, & vere succedunt pro numero stirpis: tamen simul recte dicuntur succedere in capita, quia tot sunt capita, quot stirpes. Sed, patre ac matre mortuis, intelligitur, id quam vim habeat in parentibus superioris gradus. Nam si proponas, defuncto a matre esse avum maternum; a patre esse avum paternum, & aviam paternam: sic isti admittentur omnes, ut unus avus maternus tantum ferat, quantum reliqui duo, id est dimidiam, duobus illis velut in unam stirpem redactis, dum personam filii sui referunt, cuius & in locum velut succedunt. *d. §. consequens. vers. si autem eumdem.* Idque ita constituitur, quasi ut in descendentibus stirps prima est in filiis, a quibus origo & progressus est ad nepotes: sic in ascen-

2) Quæ antiquo iure & ante *SC. Tertyll.* non succedebat, de quo & quoties hic ius variaverit, vid. Ranchin. §. 12. (qui capita SCti illius refert) & P. Greg. 45. *Synt.* 9. *n.* 3. *& seqq.* Casus tamen supersunt, quibus mater successione privatur, iure novo non correcti. Idque vel in totum: (1) Si tutorem non petierit: vid *supra Lib.* 3. *C.* 8. *n.* 18. (2) Si quæ tutrix ipsa, secundo nupserit, non petito alio tutore, redditisque rationibus. *L.* 6. *ad Tertyll.* (de quo Scip. Gentil. *Lib. de Sec. nupt. C.* 19.) Vel ex parte. (3 Si quæ secundo nupsit intra annum luctus: ad evitandam infamiam, dederit liberis prioris matrimonii dimidiam facultatum. Nam tum, uno ex illis decedente, mater ratione portionis istius, quæ ex illo semisse ad eum pervenit, a reliquis filiis, fratribus defuncti, excluditur *L.* 4. *C. ad Tert.* (4) Generaliter quæ secundum maritum accepit, si concurrat cum fratribus defuncti, filiis suis ex priore matrimonio, quoad bona a patre profecta tantum, pro virili portione consequitur ususfructum, proprietate ad fratres defuncti perveniente. *L.* 5. *C. ad Tert. L.* 3. *§.* 1. *& Auth. ex testamento C. de sec. nupt.* vid. Ranchin. *d. §.* 12. *n.* 11. Forst. *Lib.* 7. *C.* 9. *n.* 3. (qui & *C.* 10. hoc ius Canonicum non mutasse.) & Cuiac. *in Novell.* 2. *§. Secundum caput & C. p. m.* 29. vid. & *in infra Lib.* 10. *C.* 3. *N.* 3. Casus, quibus uterque parens successione filii excluditur, pete ex P. Greg. 45. *Synt.* 10. *n.* 7. *& seq.* Iure Sax. pater matri præferri videtur in concursu, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 17. Fasch. *Diff.* 24. Schneidvin. *I. h. t. C.* 2. *de ord succed. n.* 10. Forst. *Lib.* 7. *C.* 8. *n.* 4. Quod tamen quidam interpretati sunt ut matrem non excludat, sed hereditatem accipiat tum suo tum uxoris nomine tanquam curator. Usu autem fori uterque parens admittitur, quod & placuit D. Augusto elect. *Novell. sua* 17. *p.* 3.

3) Sed quid si paterni & materni maiores concurrant an fiet distinctio bonorum, ut quo ad bona aliunde profecta hereditas in duas æquas partes dividatur: In his vero, quæ a patre, vel linea paterna profecta, materna lines excludatur & vicissim, contentio est. Utriusque sententiæ auctores refert Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 13. *Gl.* 2. *n.* 9. Affirm. auctoritate Bart. *in L.* 3. *C. de bon. quæ lib. & ad Auth. itaque C. comm. de success.* refer. & probante Vult. *in pr. I. h t. n.* 36. *per d. L.* 3. *C. de bon, quæ lib. L.* 13. *C. de leg. hered. L* 4. *C. de sec nupt. &* Borch. *de Grad. pag.* 229. *& seq.* quasi naturali rationi congrua, ut quæ a patre devoluta ad paterni, quæ a matre ad materni generis maiores perveniant. Idque interpretes referente & reprobante Ranchin. §. 14. *n.* 8. extendunt, ut ad matrem reverti velint non solum a se profecta, sed etiam ab illis, qui sui sunt lateris: ex. gr. donata ab avunculo, matertera &c. Ex auctoritatibus forte hæc superior sententia. Ranchin. *d. loc. n.* 10. Sed adversa verior, Gomez. *in L. Taurina* 6 *n* 7. *&* 8 Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. resol. §.* 13. *n.* 11. scribens in dubio eam tenendam opinionem quæ multas quæstiones dirimit, ac lites præcidit. Exacte Forst. *Lib.* 7. *C.* 4. *n.* 11 *& seqq.* cuius hæ sunt rationes. (1) In *Nov.* 118. *C.* 2. dicitur ex æquo dividi hereditas, id est universum ius defuncti, bona undecunque quæsita *L.* 24. *de V. S. L.* 61. *de R. I.* (2) Distinctio hæc legibus ignota & generalis sermo omnes casus continet. *L.* 1. *§.* 3. *in fin. de aleat.* (3 Nec omisisset sine vitio Imperator in *d. C.* 1. omnem successionis materiam expositurus. (4) Bona semel quæsita cum aliis confusa unum patrimonium efficiunt. *L.* 10. *§.* 1. *de vulg. & simil.* (5) In delatione hereditatis non origo & caussa acquisitionis, sed persona acquirentis spectatur, nec bona amplius paterna aut materna dici possunt, sed ipsius qui acquisivit. (6) Proximus gradus remotiores non excluderet, si diversitas hic successionum, quam diversitas prioria gradus non mutaret. Ad *L.* 3 *C. de bon. quæ lib.* resp. ibi ascendentes eiusdem lineæ disparis gradus, pater & avus paternus: hic quæstio de diversa linea & pari gradu. Ad *L.* 13 *C. de leg. her. & L.* 4 *C de sec. nupt.* resp. Forst. diversa ratio est ordinis transversalium, in quo regulæ, *Paterna paternis, materna maternis deferri*, caussam dat votum parentum, qui bona sua ad liberos suos expetunt venire, vid. *not. C. seq. N.* 6. Hic autem successio non fit ex voto, sed pietatis intuitu, quæ ratio in omnibus parentibus æqualis. Iure Saxonum dictæ regulæ locum non esse expeditius, Coler. *Decis.* 47. *n.* 5.

4) Nec in alio quam manumisso successioni paternæ locus erat. Filiusfamilias enim iure veteri nec in castrensibus heredem legitimum habere poterat, vid. *not. C. praeced. N* 11 Forst. *Lib.* 7. *C.* 2. *n* 4 *& seq.* Quod si non contracta fiducia emancipasset, ipse pater naturalis excludebatur a patre fiduciario Iure Civili: Iure autem prætorio decem personæ præferebantur fiduciario, & inter illos pater §. 3 vers. *tertio decem I. de bonor. poss* Postea constitutum, ut pater naturalis semper manumissor censeatur *L. ultim. C. de Emanc.* vid. Ranchin. §. 11. *n.* 5. Forst. *Lib.* 7. *C.* 1. *n.* 12. *& seqq.* Hodie vero, si uterque parens superstes, ex æquo succedunt etiam filiofamilias in castrensibus, ut hereditario iure habeant, etiam pater, non peculii, Gomez. *ad L. Taurin.* 6. *n.* 1. *&* 3 & adventitiis, reservato tamen in his patri usufructu, Gomez *d. loc. n* 11. Vult. *pr. I. h. t. n.* 36. Spurii vero uti matri succedunt, non patri, ita vicissim illis sola mater *L.* 4 *Unde cog.* Et ut naturales patri in sextantem, ita in pari conditione pater illis in duas uncias, si videlicet nulli filii sint legitimi. *Nov.* 89. *C.* 13. Ranchin. §. 16. *n.* 5. Forst. *Lib.* 7. *C.* 17. Schneid *Inst. h. t. C. de* 2. *ordin. succed. n* 40. *& seq.* Incestuosi ut neutri parenti ita & neuter illis, Forst. post alios *Lib.* 6 *C.* 50. *n.* 10. *& seq.* Legitimatis vero succeduor, vid. Forst. *Lib.* 7. *C.* 19. item arrogatis, non vero adoptatis, quos in potestate non habent, Forst. *d. Lib.* 7. *C.* 18.

5) Nollem nostrum sic loqui. Nec enim in parentibus est ius repræsentationis, Ranchin. §. 3. *n.* 9. (qui & *n.* 11. aptius dici eos in genera quam in stirpes succedere) Forst. *Lib.* 4. *C.* 4 *n.* 13. *& seqq.* alias propior gradus ulteriorem non excluderet, quia diversa ratio est descendentium, ubi ordini naturæ conveniens superstites parentibus manere filios, ideoque in præmortuorum loca subrogari *L. liberorum* 220. *de V. S.* Schneidvin. *Inst. h. t. Cap. de* 2. *ord. succed. n.* 21. quia contra naturam est patrem in filii locum substitui, & Gomez. *ad L. Taurin.* 6. *n.* 6.

ascendentibus prima stirps sit quodammodo in primo gradu patris & matris, a quibus rursum versus progrediendo, per hos ipsos ad avum & aviam paternos & maternos pervenitur; ut sic per patrem & matrem successio avi & aviæ nascatur. Certe vere descendit, ut in nepotibus: cum primus gradus sit in patre & matre, quibus sublatis de medio, tum succedat avi & aviæ secundus gradus. Hæc ergo in hac successione parentum cum successione liberorum similia.

V. Duo, ut dixi, discrepant. Primum illud, quod in liberis etiam si sint duo dispares gradus, unus filiorum, alter nepotum, tamen vocantur omnes, ubi nepotum pater mortuus est, neque hoc casu unquam proximus gradus ulteriorem excludit, ut supra diximus. §. *cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* In parentibus contra. [6] In his si plures sint & dispares parentum gradus, iubentur hic præponi, qui proximi gradu reperiuntur, masculi & fœminæ, sive paterni sint, sive materni. *d. §. consequens. versi. autem plurimi.* Itaque si sit defuncto pater; ex matre demortua avus maternus & avia materna: aut contra defuncto mater; ex patre demortuo avus & avia paterni: tum & illic solus admittetur pater, & hic sola matre, exclusis avo & avia gradu remotioribus. Neque illic in locum filiæ defunctæ succedunt avus, vel avia materni; neque hic avus vel avia paterni succedunt in locum filii sui demortui. Quod contra fit in liberis, in quibus, mortuo defuncto filio, placet nepotes neptesque in patris sui locum succedere: idque in his æquum esse videtur, ut est in *d. §. cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Cur non item in parentibus? Non dubium, quin efficiatur eadem illa ratione Papiniani, quam supra commemoravimus, quod scilicet non ut liberis parentum, sic parentibus liberorum debetur hereditas, propter naturæ simul & parentum commune votum. *d. L. scripto. §. ult. D. unde lib. L. nam etsi. D. de inoff. test.*

VI. Alterum etiam discrepat, quod liberi, ut admittuntur omnes & ex diversis gradibus, sic admittuntur soli: non item parentes soli ad hereditatem liberorum. Vocantur [7] una & fratres & sorores defuncti utroque parente coniuncti, ita ut si cum patre & matre succedant, dividatur [8] inter eos hereditas secundum numerum personarum, & ut veteres loquuntur, in capita, ut & adscendentium & fratrum singuli æquas partes ferant. Ut est in *d. §. consequens. versi vero.* ubi additur & illud singulare in hac successione, ut quas portiones fratres inde accipient; hæ pleno iure ad eos pertineant, ac ne ususfructus quidem inde acquiratur patri, quanvis fratres iidemque eiusdem patris filii, sint in eius potestate.

VII. Si sint defuncto filii fratrum, [9] caverat Iustinianus paulo post in eadem constitutione, ne admitterentur una cum fratribus defuncti, si etiam defuncto parentes essent; & in summa, ne cum parentibus defuncti succederent filii fratrum eius. §. *reliquum. ver. si autem cum fratribus.* Sed hoc ille mutavit [10] postea, & cum

6) *Auth. defuncto C. ad Tert.* sive in una, sive in diversis lineis, paterna & materna constituti sint. Quare mater excludet avum paternum, etiam in bonis, quæ a patre pervenerunt ad defunctum. Forst. *d. C.* 4. *n.* 30. Schneid. *d. n.* 21.

7) Concurrit autem frater utrinque coniunctus, etiam cum remotioribus adscendentibus, nec avum excludit, quia *d. C.* 2a. non nominat patrem vel matrem, sed proximos ascendentes. Ergo per *L.* 92. *de V. S.* Forst. *Lib.* 7 *C.* 6. *n.* 1. *&* 2. Schneidv. *d. loc. n.* 25. *&* 2. *seqq.* Fach. 6. *Contr.* 7. Borch. *de Grad. n.* 223. *& seqq.* Olim autem fratres prælatos fuisse parentibus, per *L. ult. C. comm. de success.* volunt Vult. *Inst. h. t. n.* 36. Cuiac. *in Nov.* 84. *& Nov.* 118. Quod hodie fit apud Burgenses, quorum mores lac. Curt. 1. *Consil. ad* Viv. 12. ratione niti scribit, quod supersint quibus ex communi voto velint aut velle debeant parentes bona defuncti filii deferri; nec, cui filius adhuc superest, patris nomen amittat. Iure Saxonico ordo secundus tertium omnino excludit. Schneidv. *supr. d. loc. n.* 34. *& seqq.* Nam licet textus *Lib.* 1. *Art.* 17. Landr. tantum patrem nominet, tamen & avus excludit fratrem per rationem in fine *textus* ibid. *Dass das Erbe nicht aus dem Busen gehe.* Fasch. *Diff.* 24. Coler. *Decis.* 47. *n.* 4.

8) Ubi hoc notandum quod interventus fratris efficiat, ut diversæ lineæ maiores viriles partes habeant, qui soli essent, in dispares succederent. Pone: Defuncto supersunt avus & avia paterni, avia materna sola & frater aut soror. Hic in capita, ac quatuor partes fiet divisio, ac avus paternus, item avia paterna pro se quisque, tantum consequitur, quantum avia materna. Qui tamen sine interventu fratris nihilo plus ambo haberent quam hæc sola. Atque consequitur quis ex persona alterius, quod ex propria habere nequit. Forst. *Lib.* 7. *C.* 6. *n.* 6. *& seq.* Quod nisi aperte ita constituisset Iustin. *d. Nov.* 118. *C.* 2. §. *si vero cum adscendentibus*, probabilius diceretur, mea sententia, in illa specie divisionem fieri debere partim in capita, ratione concursus fratrum cum adscendentibus; partim in stirpes, ratione concursus adscendentium inter se invicem, servata proportione Geometrica, arg. *L.* 13. *pr. de lib. & postum.* Ac ita in proposito exemplo hereditas non in quatuor (uti nunc fit per *d. C.* 2.) nec etiam in tres, (quod fieret si undique in stirpes succederetur) sed in quinque partes distribuenda foret, ea quibus duas sumeret avia materna, reliquorum singuli singulas. Nec inconveniens est in eadem hereditate successionem aliquando, si ita vocare licet, mistam, partim ratione aliquorum, in capita; partim, ratione aliorum, in stirpes constitui. Quin hoc fit quando una cum parentibus & fratribus defuncti fratrum filii concurrunt, ut *infra N.* 10.

9) Ut Hal. *&* Scrimger qui in *d. Nov.* 118 *C.* 2. vers. *si vero*, post verba: ex utrisque parentibus coniuncti interiiciunt: *ἢ ἀδελφιδοῖ*, aut fratrum liberi. Quos liquidi erroris convincit Forst. *L.* 7. *C.* 5. ex *Nov.* 127. *C.* 1. verbis disertis, novum ius inducentibus. Sed *d. C.* 1. requirit ut superstites simul sint & parentes, & fratres, & fratrum liberi. Unde si parentibus tantum concurrant fratrum liberi per illos excludi vult Cuiac. *ad d. Nov.* 127. Borch. *de Grad. p.* 228. Andr. Gerhardi *Exerc. Instin. Decade* 11. *Q.* 7.

10) Ne in meliori caussa sint quam eorum parentes fuerunt, Forst. *L.* 7. *C.* 7. *n.* 2. Et ita hic successio partim in capita, partim in stirpes. Nam si supersint avus & avia pater-

eum parentibus ac fratribus defuncti etiam filiis fratrum mortuorum in fucceſſione defuncti locum dedit hac lege; ut fratrum filii omnes ſuccedant in ſtirpes, ideſt, non plus accipiant, quam quantum pater ipſorum accepturus eſſet, ſi viveret. Hoc in *Novel. ut fratr. fil.* Sed utrumque hoc & in fratribus & fratrum filiis ita placuit, ſi fratres fuerint utroque parente cum defuncto coniuncti. *Novel. de her. ab int. ven.* *§. conſequens. in pr. vers. ſi vero. Novel. Ut fratr. fil.* §. 1. Quod eo pertinet; ut ſi qui erunt [11] altero tantum parente coniuncti, hi a parentibus excluduntur. Ut puta, ex priore matrimonio natus eſt filius: mortuo marito uxor iterum nupſit: & ſecundo matrimonio item filius unus natus eſt. Sunt hi quidem fratres; ſed coniuncti matre tantum. Quæ illis communis eſt, non etiam patre, quos diverſos fuiſſe apparet. Si ex his fratribus unus decedit, ſoli admittuntur parentes, non etiam alter frater.

paterni, avia materna, frater utrimque coniunctus, & alterius itidem coniuncti. (3) filii, hereditas in quinque partes dividetur, quarum unam hi tres nepotes ex fratre accipient, non in ſeptem. Quod ſi Iuſtinianus non conſtituiſſet, ut interventus fratris faceret aſcendentibus viriles partes ut *ſupra N.* 8. divideretur in dicta ſpecie, in quatuor partes, quarum una cederet aviæ maternæ; altera fratri: tertia avo & aviæ paternæ ſimul: quarta fratris filiis. Ultra fratrum vero filios non extenditur hoc beneficium Forſt. *Lib.* 7. *Ca.* 6. *n.* 3. Sed & avus concurrens cum patruo defuncti illo potior eſt, Ranchin. §. 13. *n.* 17.

11) Illis enim præfertur parens ex communi ſententia, uſu fori comprobata, Ranchin. §. 11. *n.* 4. Forſt. *Lib. L.* 7. *C.* 8. Schneidv. *Inſt. h. t. C. de* 2. *ord. ſucced. n.* 30. ſcribens correctam eſſe *L.* 7. *C. ad Tert.* Quæ tamen controverſia non caret. Vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 14. *Gl.* 1. *n.* 9. Fachin. 6. *Contr.* 8. Virg. Pingicz. *Ill. Q. Sax.* 15.

C A P. IV.

De legitima cognatorum ſucceſſione: Et de duorum fratrum filiis patruo ſuo ſuccedentibus in capita, non in ſtirpes, aliter, atque in duorum filiorum nepotibus ſuccedentibus avo.

Ordo collateralium, ut vocant, tertius in ſucceſſione I.
Quædam his communia cum cognatis omnibus; quædam propria certorum graduum ſui ordinis II.
In commune vocantur ad ſucceſſionem, ſive maſculi, ſive fœminæ; ſive agnati ſive cognati, ſive ſui, ſive emancipati. III.
Suo veluti & propria iure primi veniunt ad ſucceſſionem ex utroque parente fratres, excluſis aliis ex uno latere. IV.
Veniunt autem cum patruis in ſtirpes ſecundo vocati fratrum talium demortuorum filii. V.
Iidem præferuntur defuncti fratribus ex uno parente. VI.
Poſt germanos *fratres, horumque filios pari iure ſuccedunt* conſanguinei *atque* uterini, *cumque iis in ſtirpes fratrum talium demortuorum filii.* VII.
Si defunctus habeat fratres uterinos & conſanguineos: quomodo in eius paterna, & materna, & aliunde quæſita bona ſuccedent hi omnes. VIII.
Quid ſi fuerint ſorores. IX.
Deficientibus fratribus, eorumque filiis, cognatus proximus ſuccedit, excluſo remotiore. X.
Si plures ſint eiuſdem gradus cognati, licet non eiuſdem ſtirpis: ſuccedunt omnes pro virili, ſeu in capita. IX.
An filii duorum fratrum cum ſoli veniunt, & ſine patruis, ſuccedant in capita aut in ſtirpes: quæ dubitandi ratio. XII.
Contraria Azonis, & Accurſii ſententia, & quæ. XIII.
Azonis opinio auctori veriſſima; & validis etiam confirmata rationum momentis petitis ex capite II. & III. Novellæ de ſucceſſionibus. XIV. & *ſeqq.*
A contrariis quoque vindicata. XXII. & *ſeqq.*
Totius argumentationis ſumma & concluſio. XXV.
Ad quem uſque gradum Novella conſtitutione *vocentur ad ſucceſſionem cognati.* XXVI.
Proximiore deficiente cognato, ad inſequentes ordine gradus defertur ſucceſſio. XXVII.
Nullus ſucceſſionis gradus in ſuis: *& quare.* XXVIII.

I. Si defuncto neque liberi, neque parentes erant, tertius locus eſt cognatis, qui ſunt ex tranſverſo, ſeu a latere. De his Ius conſtitutum in *Novel. de Her. ab int. ven.* §. *reliquum* verſ. *ſi igitur*. Quod ut facilius percipere liceat, obſer-

observandum est hic communia quædam constitui a Iustiniano ad omnes cognatos pertinentia; quædam propria certorum graduum huius ordinis.

II. Communia hæc: vocat Iustinianus ex æquo [1] fœminas cognatas cum masculis, sublata vetere differentia sexus, puta sorores cum fratribus; materteras cum avunculis; amitas cum patruis, consobrinas cum consobrinis masculis; sorores patrueles cum fratribus patruelibus, & deinceps. *§. si vero neque* vers *nullam vero*. Vocat ibidem pariter, & sine exceptione cognatos, qui pari gradu sint, cum agnatis, sublata in omnibus successionibus differentia vetere agnatorum & cognatorum: ut hic naturalis tantum cognatio spectetur, non etiam civilis. Ut puta, succedent pariter avunculi defuncti cum patruis, consobrini cum patruelibus, etsi hi sunt agnati; illi cognati tantum, ut est agnatorum & cognatorum definitio in *L. non facile*. *§. 1. L. iurisconsultus*. *§. 1. D. de gradib. & aff.* Succedent ex hac definitione emancipati fratres, aut qui ex emancipatis nati sunt, cum iis qui in potestate manserunt. *d. §. nullam vero*. Nam & emancipatione Familia amittitur. *L. ult. D. de cap. diminut.* familia autem agnationem facit. *d. L. iurisconsultus*, *§. 1. de gradib.*

III. Sunt & hic, ut dixi, propria quædam ab illo constituta in certis gradibus huius cognationis, primum in fratribus; deinde in fratrum filiis; tertio loco in cæteris qui sunt infra hos gradus.

IV. Fratres in hac successione primo loco vocat, utpote defuncto proximos; sed dumtaxat fratres utroque parente coniunctos, [2] exclusis iis, si qui sint, qui per patrem aut matrem solum coniunguntur. *§. reliquum*, in pr. & vers. *unde*, & vers. *ex diverso*. Ut, si sit ex primo matrimonio filius unus; ex secundo duo filii; uno ex his duobus mortuo, alter succedet solus, utpote eodem patre & matre natus. Ex priore illo natus non succedet, quia defuncto quidem frater est, sed coniunctus solum per patrem aut matrem, prout hæc aut ille priori matrimonio superstites fuerant; & ad posterius matrimonium transierant.

V. Secundo loco vocat fratrum filios; fratrum, inquam, utroque parente coniunctorum. De quibus nova duo constituit. Primum ut fratrum sororumve demortuorum filii succedant etiam cum aliis fratribus defuncti, [3] iisdemque patruis suis, etsi gradu prioribus & proximis defuncto; dum scilicet hoc filiis istis fratrum tribuit, ut in [4] suorum parentum iura succedant.

§. re-

1) Cum olim agnati soli vocarentur ex verbis L. 12. tabb. *Si suus heres non erit; agnatus proximus familiam habeto*. Quæ diversa referuntur a Cicer. 1. *de Invent.* Cornific. 1. *ad Herenn.* Ulpian. *tit.* 26. *§.* 1. *& in Coll. LL. Mosaic. Tit.* 16. vid. Forst. *Lib.* 1. *C.* 7. *n.* 1. & quis decem viris agnatus proximus A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10. Sed & Prætor, post eos, cognatos vocavit. Consideravit autem ius vetus magis favorem familiæ, quam ius sanguinis. Hodie vero cognati non bonorum possessores; sed heredes legitimi, Ranch. §. 13. *n.* 7. In aliis autem caussis, quam successionis intestati, & tutelis legitimis non est sublata differentia. Cuiac. *ad d. Nov.* 118. *circ. fin.* ut quoad ius querelæ inofficiosi *L.* 27. *C. de inoff.* Costal. *ad L.* 1. *D. de inoff.*

2) *Auth. cessante C. de leg. hered.* quia licet pares fiot gradu, virtus unita validior, & duo vincula fortius stringunt, Forst. *L.* 8. *C.* 1. *n.* 1. *&* 2. *& C.* 4. *n.* 1. *&* 2. P. Ærod. *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 52. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via Iur. C.* 20. *n.* 19. qui tamen *n.* 21. Constitutionem Iustiniani duram vocat, iuste ab ea recessisse Venetos, & consanguineum cum germano æque ad hereditatem fratris communis admittere scribens. Cuiac *Cons.* 4. constitutionem hanc stricte accipiendam, nec protrahendam esse. Ideoque in successione filiæ sororis avunculum matri ea uno parente coniunctum concurrere coniuncto ea utroque. Quidam voluere utrinque coniunctos non excludere consanguineos a paternis; nec uterinos a maternis; sed utrosque ab aliunde partis, referente Tiraq. *de Retr. lign.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 7. Quod iuris auctoritate caret. Convenit in hoc iuri Civili Ius Sax. *Lib.* 2. Land. *Art.* 20. Forst. *d. C.* 1. *n.* 4. *& d. C.* 4. *n.* 4. Schneid. *Inst. h. t. C. de* 3. *ord. succed. n.* 8. *&* 9. ubi tamen & alia ratio quia, secundum Saxonum computationem, gradu uno propior est germanus consanguineo vel uterino *Lib.* 1. Landr. *Art.* 3. Coler. *Decis.* 49. *n.* 7. *&* 8. Ut tamen soror germana, in utensilibus uterinam; germanus consanguineum in expeditoriis non excludat, Fachs. *Diff.* 26. *in fin* Coler. *de Proc. P.* 1. *C.* 3. *n.* 257. Moller. 2. *Semestr.* 5. Idem obtinet in fratribus naturalibus, quando succedunt, Forst. *Lib.* 6. *C.* 11. *n.* 4. ubi *n.* 7. sequi nos formam successionibus legitimorum præscriptam. Non autem succedunt naturales coniunctis per lineam paternam, quia vere nullos habent. Nec agnati illi sunt, nec cognati, quia cognatio sine agnatione est a matre tantum §. 4. *I. de succ. cogn. L. ult. C. de nat. lib.* Schneid. *d. loc. n.* 42. Forst. *Lib.* 8. *C.* 10. *& Lib.* 6. *C.* 47. Ex materna autem origine progredientibus succedunt. *L.* 2. *L.* 4. *Unde cogn.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 48. sive uterque, naturales sint; sive alter naturalis; alter etiam legitimus. Ac etsi mater illustris, Schneid. *d. loc. n.* 45. quia *L.* 5. *ad Tert.* non est producenda ad transversales, Forst. *Lib.* 8. *L.* 11. *n.* 2. Iure Sax. inter legitimos & illegitimos nulla est successio *Lib.* 1. *Art.* 28. *Art.* 40. *Art.* 51. *Lib.* 2. *Art.* 13. *Lib.* 3. *Art.* 64. *& Art.* 72. Sed rigor is moribus reprobatur. Forst. *d. C.* 11. *n.* 8. Schneid. *d. loc. n.* 46. vid. & hac de re Zobel. *P.* 3. *Diff.* 13. Coler. *Decis.* 50. Spurii autem & adulterini, magisque incestuosi, de nullis transversalium bonis participant, vid. Forst. *Lib.* 6. *Cap.* 12. *& seq. & Cap.* 50. *n.* 12. *& seqq.* ubi *n.* 17. *& seqq.* dissentientes, qui fratribus uterinis & reliquis lineæ maternæ eos succedere asserunt, refellit. vid. & Curtius, qui dissentit quoad adulterinos, *Coniect. ad Fr.* 27. P. Greg. 45. *Synt.* 11. *n.* 11. Fachin. 6. *Contr.* 10.

3) Qui ut & avunculi θεῖοι, vocantur *in d. Cap.* 3. *§.* 3. *Inst. de grad. L.* 37. *§.* 5. *de leg.* 3. ut & amitæ ac materteræ θεῖαι, quia cum parentes liberis quasi θεοί. Patrui appellati θεῖοι, ut ex Simplicio Epicteti interprete Forn. 1. *select.* 14.

4) Quia cum parentum personam sustineant & eorum locum, Imperatoris privilegio, ingrediantur, necesse est eodem iure utantur, Forst. *Lib.* 8. *C.* 2. *n.* 3. Ranchin. §. 13. *n.* 11. Inducta igitur hoc casu in linea collaterali repræsentatio, Forst. *Lib.* 4. *C.* 21. *n.* 17. Schneidv. *Inst. h. t. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 13. Ranchin. §. 3. *n.* 9. Cuiac. *in Nov.* 118. *& Cons.* 15. Gomez. *in L. Taur.* 8. *n.* 10. P. Greg. 45. *Synt.* 11. *n.* 6. *&* 8. A. Fab. 55. *Err. Pragm* 1. Recte itaque in stirpes succedere dicuntur; tametsi Hotom. *Ill. Q.* 4. *& Quæst.* 14. velit nec repræsentationem hoc speciali privilegio inductam, neque in stirpes alios succedere quam qui ex stirpe & progenie sunt defuncti, quod refellit P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 378. Iure Saxonico fratrum filii excluduntur per fratres utrinque coniunctos *Li.* 1. *Art.* 3. *cir. fin. & Art.* 17. Fachs. *Differ.* 25. Reinh. *P.* 1.

§. reliquum, verſ. *ſi autem defuncto*. & verſ. *huiuſmodi*. Hoc quidem contra regulam iuris communis veteris & novi de ſucceſſione cognatorum, qui ſunt ex tranſverſo; quo iure ſoli proximi vocati ſunt olim ad ſucceſſionem: *Inſt. de leg. agn. ſucc.* in pr. & *tit. de ſucc. cogn. in pr.* & nunc vocantur in cæteris gradibus ex hac ipſa Novella conſtitutione. *§. ſi vero neque*. Sed quoniam ita vocantur filii fratrum cum patruis, ut in parentum ſuorum locum ſuccedant: ideo par fuit, ut & in hac ſucceſſione vocarentur cum patruis in ſtirpes, id eſt ita, ut non plus accipiant, quam pater eorum accepturus eſſet, ſi viveret. Quod & ibidem conſtitutum eſt in verſ. *ſi autem defuncto*. Ut, ſi ſit unus frater ſuperſtes, ex altero fratre demortuo tres filii: ad unum illum pars dimidia: ad tres iſtos altera dimidia pertineat.

VI. Alterum & illud novum in fratrum utroque parente coniunctorum filiis hic conſtitutum, ut ſi hi exſtent, ſint etiam defuncto fratres per patrem tantum, aut matrem coniuncti; 5 filii fratrum præferantur, ut & pater eorum præferretur, ſi viveret. Quod ſibi conſentiens Iuſtinianus conſtituit, poſtquam hoc illis dedit, ut ſuccederent in parentis locum *d. §. reliquum*. verſ. *unde* & verſ. *huiuſmodi*. Itaque ſi proponas, ex duobus filiis ſecundo matrimonio natis unum deceſſiſſe, relictis filiis, deinde alterum: huic poſtremum defuncto ſoli filii fratris demortui ſuccedent, excluſo fratre, ſi quis ex priore matrimonio cum defuncti patre aut matre contracto natus erit: quoniam non poteſt hic frater niſi per patrem ſolum aut matrem coniunctus eſſe defuncto.

VII. Quod ſi neque fratres utroque parente coniuncti erunt, neque ex his fratribus filii: tum Iuſtinianus ante omnes reliquos cognatorum gradus admittit fratres altero tantum parente coniunctos, ſive per patrem ſolum coniuncti ſint, ſive ſolum per matrem. *d. §. reliquum*. verſ. ***His autem non exſiſtentibus***. Ut puta, ex priore matrimonio nati ſunt filii; deinde mortua uxore maritus aliam duxit, aut mortuo marito uxor nupſit alii; & ex ſecundo matrimonio item natus eſt alius filius. Hoc mortuo ſine liberis & parentibus, filii ex priore matrimonio admittentur, ut fratres defuncti, etſi per alterum tantum parentem defuncto coniunguntur, priore caſu per patrem; poſteriore per matrem. Et ſi forte ex uno horum fratrum demortuo filii erunt, hi eodem modo cum aliis eiuſdem conditionis fratribus admittentur; uti in ordine aliorum fratrum fieri ſupra diximus. *auth. poſt fratres. C. de leg. her.*

VIII. Quo loco quæſitum eſt, ſi forte huius generis plures ſint fratres defuncto, quorum aliqui coniungantur per matrem, alii per patrem, & defuncto fuerint bona materna, aut paterna, aut utraque, in quæ bona fratres iſti ſuccedant: utrum in omnia communiter, nulla habita ratione ſtirpis, unde bona profecta ſunt; an vero ſingula ſuæ quæque ſtirpi aſſignentur. Propone hoc modo: Ex primo matrimonio natus eſt filius. Mortuo marito uxor iterum nupſit, & ex hoc ſecundo matrimonio natus eſt ſecundus filius prioris illius frater per matrem. Ambo enim ex eadem matre. Poſtremo etiam hac uxore mortua maritus eius aliam duxit, atque ex hoc tertio matrimonio tertius filius natus eſt, ſecundo illi frater per patrem. Secundus moritur, nullis relictis neque liberis, neque parentibus. Vocantur ex hac conſtitutione ad eius ſucceſſionem frater primus per matrem coniunctus, & item tertius coniunctus per patrem: idemque fieret, etſi ex primo & tertio matrimonio plures eſſent filii, iidemque defuncto fratres. In quæ bona defuncti fratris iſti ſuccedent? Dicemus, ſi defuncto nulla ſint bona paterna aut materna, ſed omnia quæſita aliunde, fratres iſtos in commune ſucceſſuros, quia nihil ſit in bonis, cur quædam ſtirpi paternæ tribui debeant potius, quam maternæ, aut contra, cum in his nihil ſit paternum aut maternum. Quod ſi defuncto fuerint bona materna aut paterna; tum ſingula reddenda 6 ei ſtirpi, unde profecta ſunt, ut ad bona materna ſoli vocentur fratres per matrem

P. 1. Diff. 30. Zobel. *P. 3. Diff.* 17. Coler. *Deciſ.* 48. Moller. *in Nov. Elect. Sax.* 18. *P. 3. n.* 2. Cum fratribus vero ex uno latere fratrum utrinque coniunctorum liberi ſimul ſuccedunt in capita *d. Nov. Elect. Sax.* 18. Et fratres unilateres defuncti excludunt patruos defuncti, licet illius parenti utrinque coniunctos. Itemque fratrum filii arcent propatruos ſuos, patruos defuncti, utrinque coniunctos.

5) Forſt. *Lib.* 8. *C.* 6. *n.* 1. & 2. Secus eſt Iure Saxonico, uti iam dictum.

6) Hinc regula DD. vulgata Paterna paternis, materna maternis deferri. Cuiac. *in Nov.* 84. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 4. Vult. *in pr. l. h. t. n.* 46. Forſt. *Lib.* 8. C. 8. Ranchin. §. 33. *n.* 8. & 14. *n.* 13. Cuius ratio in voto parentum, qui bona ſua liberis obvenire expetunt. Et mortuo uno liberorum, quæ is a patre vel matre habet, ad eos qui communem habent parentem, perveniunt, tanquam ex tacita illius parentis ante filium, de cuius ſucceſſione agitur, mortui voluntate, Forſt. *Lib.* 7. C. 4. *n.* 20. Hæc ſeparatio bonorum inducta inter ſolos fratres *d. L.* 13. §. *ult.* porrecta eſt a DD. ad fratrum filios, Forſt. *Lib.* 8. C. 8. *n.* 6. & 7. Schneidw. *Inſt. h. t. Cap. de* 3. *ord. ſucced. n.* 22. & ad ſuperiores tranſverſales, ut ſi patruus ac avunculus ſint defuncto. Forſt. *d.* C. 8. *n.* 4. qui tamen *C. ſeq. n.* 9. id hodie non obtinere poſt ſublatam agna-

trem coniuncti, ad bona paterna soli, qui per patrem coniunguntur. Sententia vulgo recepta, ut & diserte expressa est in *L. de emancipatis*. *§. ult.* illic *exceptis paternis rebus*. *C. de leg. her.*

IX. Quod de fratribus diximus, idem intelligendum de sororibus, sublata, ut dixi, in tota hac successione cognatorum differentia sexus. *§. si vero neque*. vers. *nullam*.

X. Si defuncto neque fratres erunt, neque fratrum filii; reliquus est tertius cognatorum ordo; de quo Iustinianus duo hæc in commune constituit. Unum, ut hic vocetur ad successionem proximus quisque cognatus, nec unquam inferior gradus succedat in locum patris sui defuncti, quo cum superiore gradu admittatur, quod supra tributum erat fratrum filiis.

XI. Alterum, ut quotquot succedent defuncto, qui sunt eiusdem gradus; etsi oriundi erunt ex diversis stirpibus, omnes tamen succedant in capita, non in stirpes. Hoc ille in *§. si vero neque*. Itaque si sint, exempli gratia, ex fratre patruele demortuo unus filius; ex altero demortuo tres: omnes isti tertio fratri patrueli sine aliis cognatis prioribus defuncto succedent inter se in capita, non in stirpes; idest, ut sunt quatuor capita & personæ, in totidem partes dividetur hereditas, ex quibus singuli unam ferant; ac proinde singuli isti tres ex uno nati tantum accipiant, quantum unus ille, qui natus erat ex altero fratre patruele, ut in specie simili declaratur in *L. 2. §. 1. D. de suis & leg. her.* Et hoc quoque ius vetus fuit, nec de hac divisione hereditatis inter cognatos etiam nunc ulla controversia est inter interpretes post fratres, fratrumque filios.

XII. De duorum fratrum filiis ambigitur. Dubitatio hinc nata. Ius vetus est & certum, [7] hos succedere in capita: diserte traditum in *d. L. 2. §. 1. D. de suis & legit. hered.* repetitum in *§. hoc etiam. Inst. de legit. agn. succ.* Sed videtur mutari hac constitutione Novella, quam tractamus. Primum quidem in *§. reliquum* vers. *si autem* ubi vocantur filii fratrum in stirpes cum patruis, & dicuntur hi filii succedere in locum parentum suorum, ut scilicet non plus accipiant, quam pater eorum accepturus esset, si viveret. Sed maxime & velut diserte in *§. si vero neque*. ubi hæc verba sunt: *Si vero neque fratres, neque filii fratrum sint*, sicut diximus: placere ut vocentur cognati omnes a latere; hereditas autem dividatur inter eos secundum numerum personarum, id est in capita. Ergo si fratres exstabunt, aut fratrum filii; non fit divisio in capita. Unde relinquitur, ut fiat in stirpes.

XIII. Azonis sententia fuit etiam post hanc constitutionem duorum fratrum filios succedere in capita, ut ante. Accursius contra scripsit ad *d. §. reliquum*. versic. *si autem defuncto*. Sententiam Azonis quamquam plerique secuti erant ex veteribus; tamen ante ætatem nostram vicerat contraria, existimantium superioribus verbis constitutionis vocari istos in stirpes. Nostra memoria primus diligentissime disseruit de hac quæstione Zazius in Intellectibus singularibus; & multis ostendit etiamnunc inter istos successionem esse in capita, non in stirpes. Quam & sententiam probavit Carolo quinto Imperatori, qui [8] hanc ipsam constitutione quadam sua Germanica comprobavit.

XIV. Et vero sententia verissima est, & magnus error contra sentientium. Quam ad rem, si quid forte etiamnum nostra opera hic opus est, brevis hæc confirmatio sufficiet.

XV.

agnatorum & cognatorum differentiam. Qua ex ratione, Ranch. *d. n.* 13 extensionem ad fratrum filios reiicit, & quia Imperator hoc omiserit, ac novæ leges stricte accipiendæ. Ultra autem fratrum filios regulæ locum non esse DD. largiuntur, ut nec inter eos, qui diversi gradus, Ranchin. *d. §.* 13. *n.* 15. Ius Saxonicum hanc separationem non admittit *Nov. Elect. Augusti* 14. *P.* 3.

7) *L.* 14. *§.* 1. vers. *illo proculdubio L. ult. §.* 3. vers. *illo etiam observando Cod. de legit. hered. L.* 1. *§. ult. Si pars her. pet.* Paul. 3. *Sent.* 8. *§.* 19. Ulp. *tit.* 26. *§.* 4. Cai. 2. *Inst.* 8. *§. regulariter.* 7. *&* 3. *Instit. tit.* 16. *Coll. LL. Mosaic.* Accedit auctoritas Harmenop. *Lib.* 5. *Promptuar. Tit.* 8. *& LL. Gothicarum Lib.* 4. *Tit.* 9.

8) In Comitiis Spirensibus anno 1529 & Senatusconsultis Parisiensis Curiæ Costal. *in L.* 1. *§. ult. Si pars her. pet.* Hot. *ill. Q.* 14. & rerum sæpissime iudicatarum auctoritate, Cuiac. *Cons.* 4. & 2. *Feud.* 11. Qui hanc sententiam pluribus adstruunt, ut & Vaud. 1. *Quæst.* 24. Vult. *pr. I. h. t. n.* 44. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. resol. §.* 13. *n.* 13. Bronch. *de Grad. pag.* 243. *& seq.* Covar. *Epit. de Success. ab int. n.* 8. Borch. 3. *Ass.* 69. Schneidv. *Inst. hoc tit. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 29. Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 7. Rittershus. *Partit. feud. Lib.* 1. *C.* 16. *Q.* 9. *&* 4. *seqq.* Ranchin *§.* 13. *n.* 14. *&* 2. *seqq.* Coler. *Decis.* 51. Beust. *in L. admonendi* 31. *D. de iureiur. n.* 878. Arumæ. ex *Inst.* 11. *Th.* 12. Quibus & dispositio iuris Saxonici congruit *Lib.* 1. *Art.* 27. *§. Nana sich aber* Fach. *Diff.* 28. Reinh. *P.* 1. *Differ.* 28. Primus ex interpretibus huius sententiæ auctor, Azo in *Summa Cod. C. de legit. hered. §. item iure novissimo* vers. *illud dubitari potest*, quem qui sequantur refert, Forst. *Lib.* 8. *C.* 3. *n.* 1. & qui Accursium sectentur *n.* 2. Sed & moltos utriusque opinionis sectatores laudat Tiraq. *de Retr. Lign. §.* 11. *Gl.* 12. longe vero plures pro adversa Accursii opinione, quam & probat Gomez. *in L. Taurina* 8. *n.* 12. *& seq.* A. Fab. in *Disp. forensi de Patrui hereditate post Tract. de Var. numm. deb. solut.* & Forst. *Lib.* 4. *C.* 3. *in fin.* ratione naturali sustineri sentit, παράδειγμα subiiciens arboris plures ramos emittentis, quorum unus in duos, alter in quinque vel sex ramusculos abeat, tertius solus maneat. Hic utique tertius obesior, & duo ex primo crassiores, totidem ex secundo, plusque alimenti & succi ex trunco excipiunt: vide tamen Tiraq. *d. Gl.* 12. *n.* 6. ex quo apparet simile hoc magis successioni lineæ rectæ, quam tranversæ, convenire. Alioqui semper in stirpes succederetur.

XV. Convenit inter omnes, ius hoc vetus fuisse, duorum fratrum demortuorum filios ad patrui hereditatem vocatos, succedere inter se in capita, ut id nominatim traditur in *d. L.* 2. *§.* 1. *de suis & leg. §. hoc etiam. in fin. Inst. de leg. agn. succ.* Necesse est igitur, nisi aliis legibus posterioribus specialiter ius mutatum sit, id manere. *L. praecipimus. in fin. C. de appellat.* Aliis porro legibus mutatum esse nemo dicit. De hac Novella omnis quaestio est. Atqui de duorum fratrum filiis separatim inter se succedentibus nullum verbum in tota hac constitutione. Vocantur quidem fratrum filii in stirpes in *§. reliquum*. Sed nominatim tunc, cum succedunt cum fratribus defuncti, iisdemque patruis suis. Quod ad duorum fratrum filios non pertinet. Vocantur in *§. si vero.* post fratres fratrumque filios alii cognati in capita. Esto, hinc colligatur fratres & fratrum filios simul succedentes succedere in stirpes. At certe nihil hic aperte & specialiter dicitur de duorum fratrum filiis inter se succedentibus. Potest enim conveuire fratrum filiis, qui pro eo atque ante statuerat, succedunt cum fratribus defuncti. Lex autem, ut aliquid mutetur de priore iure, id posterioribus legibus specialiter exprimi iubet. *d. L. praecipimus. in fin. C. de appell.* Quare cum id factum in hac constitutione non probetur, atque adeo appareat factum non esse de duorum fratrum filiis: vel hoc unum satis argumenti erit ex superiore lege, sententiam de his veterum, & ius antiquum mansisse.

XVI. At constitutio Novella progreditur longius, & aperte ostendit, quod constituit de filiis fratrum, ut tantum accipiant, quantum stirps ipsorum, id est eorum pater, ut sic succedant in stirpes, nolle se id ad eos filios fratrum pertinere, qui succedant cum aliis fratrum demortuorum filiis. Quid enim scribit Iustinianus in *d. §. reliquum* vers. *si autem defuncto?* Vocari filios fratrum in portionem patris sui, id est, stirpis suae: sed nominatim addita conditione, si cum aliis fratribus defuncti, patruis suis succedant. Tolle hanc conditionem. Nempe istam successionem sustuleris. Denique cum Papiniano & Ulpiano recte ita colligemus: non aliter ergo fratrum filii vocabuntur in stirpes, quam si cum patribus suis succedent. Collectio Papiniani est in *L.* 1. vers. *huius. D. de off. eius.* Ulpiani *in L. si procuratorem. §. si ignorantes in fin.* iuncto *§. igitur.* seq. *D. mand.* Quid in vers. *Huiusmodi?* Nominatim scribit Iustinianus, se hoc solis fratrum filiis tribuere, ut in parentis sui locum succedant. Sed utrum omnibus? Immo addit in vers. *si autem cum fratribus.* Se id solum his tribuere, cum succedunt cum patruis, & iis, qui sunt defuncto in secundo gradu. Qui hanc successionem in patris locum tribuit solum tunc, cum succedunt fratrum filii cum superiore gradu: aperte iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat.

XVII. Et vero ratio vincit, aliud ius statui debuisse in iis, quae ratio manifesta seiunxit. Ut nunquam ius idem statuendum est in diversis caussis, nisi cum in his eadem ratio fuerit. *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Quinetiam dicere solemus, cum constat certa ratione aliquid esse inductum, cessante ratione legis, ibi etiam ius deficere. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus causis id observatur, D. de reg. iur.* Cur ergo fratrum demortuorum filii cum fratribus defuncti succedentes vocantur in stirpes? Quia sunt dispari gradu, & in hoc discrimine 9 non possunt simul vocari in capita sine manifesta fratris iniuria, cum quo succedunt. Finge enim unum fratrem esse defuncto; ex demortuo fratre tres filios. Si horum singuli aequam cum patruo partem ferunt: aperte fit iniuria fratri defuncti. Aut enim filios istos demortui fratris volumus cum patruo suo succedere ex persona sua, aut ex persona patris sui. Ex persona sua non possunt, quin ius proximitatis auferant fratri, cum ille sit secundo gradu a fratre, isti uno gradu inferiores. Et ideo nec ex persona sua eos vocat Iustinianus: sed ut hac parte vitaretur iniuria, prius voluit eos succedere in locum patris sui. Quod bis repetit in *§. reliquum.* vers. *Huiusmodi.* & vers. *si autem cum fratribus,* scilicet ut in patris sui locum & gradum translati, inciperent iam cum patruo suo succedere eodem gradu sine proximitatis iniuria. Quod si ex persona patris vocantur, ut hic fieri necesse fuit; iam ita ius cogit, ut vocentur in stirpes, id est ita, ut non plus accipiant omnes, quam pater eorum habiturus esset, si viveret. Qui enim in ius alterius succeduut, iure eius uti

9) Iure enim antiquo hereditas tota debebatur fratri, exclusis fratrum liberis *L.* 3. *C. de leg. hered.* Ergo Iustinianus eos in capita non vocat cum patruo, ut quam minimum adimat ei, qui ante eam constitutionem totum habebat. Hotom. *ill.* Q. 41. Rijers. *d. loc.* Et ut eo minor portio sit, quo charior defuncto esse debet frater, quam, qui remotior, fratris filius, Vaud. 1. Q. 24.

uti debent; ac nisi isti fratrum filii in hac divisione hereditatis id faciunt, iam multo maiorem iniuriam faciunt patruo, cum quo succedunt, & eam adversus certiores regulas iuris. *L. qui in ius*, *D. de reg. iur.* Atque hæc omnia ex eo, quod fratrum filii sunt inferiore gradu, in quo si vocantur in capita, id est ex æquo, cum fratribus defuncti, divisio hereditatis iniuria carere non potest. Hæc ratio [10] aperte cessat, cum fratrum filii cum aliorum fratrum filiis patruelibus suis vocantur ad hereditatem defuncti. Non enim hic periculum est, ne ulli ex his fiat iniuria, si singuli æquas partes accipiant, cum sint omnes inter se pari & æquo gradu; nec necesse sit eos ad hanc successionem vocare ex persona parentum suorum, ut supra, cum omnes recto iure ex persona sua recte admittantur, utpote cognati omnes, & proximi. An dubitamus igitur in diversis caussis ius diversum statuendum esse: aut potius deficiente ratione prioris successionis, ius etiam de ea constitutum in hac posteriore successione cessare etiam ex sententia Iustiniani.

XVIII. Non adversatur huic sententiæ §. *si vero neque*, *ead. const.* Scribit quidem illic Iustinianus vocari cognatos in capita hac conditione, si defunctus neque fratres neque fratrum filios reliquerit; sed addit; *ut diximus*. Hac adiectione de filiis fratrum omnem dubitationem sustulit. Declarat enim ea adiectione se non loqui de his separatim inter se, & solis succedentibus; sed succedentibus una & coniunctim cum fratribus defuncti. Nam de illis hactenus dixerat; ut eos vocaret solum cum defuncti fratribus. Bene vero superiore conditione distinguuntur isti hoc casu a reliquis cognatis inferioribus, ut cognati inferiores vocentur in capita, fratrum filii in stirpes. Nam & istos cum patruis suis succedentes ita vocari ante scriptum est, & fatemur. Nos de duorum fratrum filiis agimus; de quibus si non loquitur Iustinianus in *d.* §. *si vero neque*, non magis adversatur is §. *quam priores*. De his autem ibi non agi, ex superiore adiectione liquido apparet.

XIX. Sed demus illa verba, *ut diximus*, adiecta non esse: tamen ne sic quidem ex reliquis verbis superioribus eius §. colligi potest duorum fratrum filios inter se communiter succedentes vocari in stirpes: aliter atque inferiores cognatos, quos Iustinianus ait succedere in capita. Etsi enim non frustra addita est hæc conditio, *si defunctus neque fratres, neque fratrum filios reliquerit*; omninoque eo pertinet, ut in his, quæ sequuntur, distinguantur fratres & fratrum filii a reliquis cognatis inferioribus: non tamen eo pertinere putanda est: ut separentur semper ac per omnia. Alioqui multa falsa consequentur. Nam etsi sint fratres, si soli sunt: nihilominus inter se in capita succedunt, ut pari gradu omnes. *L.* 2. §. 1. *D. de suis & leg. her.* Immo ipsos unius fratris filios eodem modo inter se hereditatem dividere necesse est. Sed & in ambobus eadem prærogativa est ad cæteros inferiores excludendos, quæ in cognatis cæteris. Nam si sint soli fratres defuncto sine aliorum fratrum filiis: si fratrum filii sine aliis fratribus: nihilominus & hi vocantur secundum prærogativam sui gradus, & reliquis inferioribus præferuntur, ut de reliquis cognatis scriptum est in *d.* §. *si vero neque*. Fatendum est igitur illam conditionem non esse ita adiectam, ut ex ea colligi debeat, quidquid infra dicitur de aliis cognatis, diversum esse in fratribus & fratrum filiis. Quorsum igitur? Ut significetur reliquos cognatos semper vocari ita: ut proximus inferiorem excludat; semper ita; ut quotcumque vocabuntur, succedant in capita. At non ita fratres & fratrum filios. Quando ergo hi dissimiliter? Id est, quando hi non excludunt inferiorem gradum, aut succedunt ipsi in stirpes? Et si id non sit, cum succedunt separatim: restat, ut fiat, cum succedunt coniunctim alii cum aliis. Quapropter & in hunc quoque casum differentiam inter istos & reliquos cognatos statui eo §. intelligendum est, & quidem detractis his verbis, *ut diximus*. Quod si ita est, omnino is §. ad filios duorum fratrum in stirpes vocandos nihil pertinet.

XX. Postremo quam certum sit, ex superiore *conditione* non posse, aut debere in fratrum filiis separatim a fratribus succedentibus [11] quidquam colligi diversum ab iis, quæ sequuntur in reliquis cognatis: uno exemplo fratrum liquebit. Nemo enim ex ea *conditione* colligit, si sint soli fratres per se succedentes, eos non succedere inter se in capita, ut reliqui cognati; sed in stirpes. Succedent enim omnino, ut dixi, in capita, nec quis-

10) Ac ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio, neuter lædi videtur *L.* 12. *C. de inoff.* Et animus Iustiniani eo tantum casu prospicere fratrum liberis, quo illis iure veteri non consulebatur, Hotom. *d.* Q. 14. Rittersh. *d. loc.* Q. 12.

11) Rittersh. *d. loc.* Q. 13. Non valet consequentia: Remotiores semper succedunt in capita. Ergo fratrum filii nunquam, sed ita valet: Ergo non semper.

quisquam unquam de eo dubitavit. Nam quomodo aliter succedant, qui sunt pari gradu, & vocantur ex persona sua eodem proximitatis iure? Quod si de fratribus separatim succedentibus id colligi non potest: nec potest omnino de filiis fratrum separatim item succedentibus colligi, quoniam Iustinianus & fratres, & fratrum filios eadem oratione est complexus. Ita semper huc res redit, ut *conditio* superior intelligatur adiecta, non ut fratres & fratrum filii separentur quovis tempore a reliquis cognatis in divisione, quæ fit in capita: sed tunc solum, cum vocantur simul fratres cum fratrum filiis. Atque hoc quidem ita est, etsi Iustinianus non adiecisset hæc verba, *ut diximus*. Nunc cum adiecerit, & hæc verba superiorem sententiam exprimant: fecit, ut nemo iam dubitare debeat, quin non loquatur de duorum fratrum filiis separatim succedentibus; aut certe non ita, ut eos a reliquis cognatis in successione in capita separet: non magis, quam de solis fratribus succedentibus sentire eum, intelligere possumus.

XXI. Obiicitur a quibusdam exemplum nepotum. Nam hi succedentes cum filiis defuncti patruis suis vocantur in stirpes, quia in patris sui locum succedunt. Iidem, si succedant cum aliis nepotibus alio patre natis, retinent eamdem formam successionis, & vocantur hic quoque in stirpes. Non alia de caussa, quam quod in duorum filiorum filiis idem hoc servatur; ut tum quoque singuli in sui parentis locum succedant, ut supra diximus. *§. cum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Servandum igitur hoc idem in fratrum filiis, ut: quemadmodum cum succedunt cum fratribus defuncti patruis suis, vocantur in stirpes, quia in locum parentis sui succedunt: sic cum iidem vocantur cum aliorum fratrum filiis, vocentur eodem modo, quasi & tum quoque omnes in locum parentis sui, ut prius, successerint. Sed nepotum & filiorum fratrum in hac re diversam caussam habitam fuisse a veteribus, ex non dubiis locis constat. Ex duobus filiis descendentes nepotes vocantur ad hereditatem avi in stirpes certo iure. *d. §. cum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. L. Papinianus, §. quoniam.* in fin. *D. de inoffic. testam.* De duorum fratrum filiis contra. Hos succedere in capita diserte traditum in *d. L. 2. §. 1. D. de suis & legitim. §. hoc etiam. Institut. de leg. agn. succ.* Ut ergo differentiæ ratio a nobis reddi non posset: tamen cum constet has species certo iure esse distinctas: apparet esse contra manifestam sententiam iuris, ut quod de una specie dicitur in hac divisione in stirpes aut capita, ad alteram transferatur.

XXII. Sed tamen & in his constat veteribus differentiæ ratio. Hæc, ut existimo: quod in linea recta ad successionem parentis, remotis primis liberis, sequentes admittit successio in locum prioris gradus deficientis: in linea transversa cognatos admittit sola cognatio & proximitas. Ut puta, mortuo avo, si filius mortuus est, admittuntur nepotes ex eo ad successionem avi sui, quia prius nepotes succedunt in locum patris sui, ut est in *d. §. cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Et generaliter ita succedunt ex lege Velleia *L. Gallus. §. videndum. D. de lib. & post.* Unde evenit, ut sicut filiis succedentibus divideretur inter eos hereditas pro numero liberorum: sic his mortuis ex eorumdem filiorum numero partes fieri debeant inter nepotes, quoniam hi in locum filiorum successerunt. Hac autem successione vocantur in stirpes. *§. 1. vers. sic tamen. ead. Nov. de her. ab int. ven.* At cum filii fratrum vocantur ad hereditatem patrui sui, vocantur ut cognati, & proximi defuncto; & una hac ratione eos vocari constat, non quia prius in locum patris sui successerint. *Inst. de leg. agn. succ.* in pr. *tit. de succ. cogn.* in pr.

XXIII. Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus vocans fratrum demortuorum filios una cum aliis fratribus defuncti, vocat hac ratione, quod vult filios fratrum hoc casu succedere in locum parentum suorum. *d. §. reliquum.* vers. *huiusmodi. ead. Novel.* Hoc enim ius [12] novum, & sin-

12) Et certarum personarum, in quibus inductum, finibus coercendum, cum & Iustinianus ipse privilegium appellet, & novæ constitutiones, correctoriæ veteris iuris, extra terminos suos non trahendæ, Hot. *d. Q.* 14. Obiic. Atqui excludunt patruum defuncti qui in eodem gradu. *d. Nov.* 118. *C.* 3. vers. *quandoquidem ibi illud palam est. Auth. post fratres C. de legit. her.* Quare non iure proximitatis, sed repræsentationis. Resp. Hotomannus, id inde est, quia hereditas proclivius descendit quam ascendit. Nam & filius defuncti excludit patrem eiusdem, qui in eodem gradu, nec minus tamen iure proximitatis succedit. Niell. *Disp. feud.* 6. *Th.* 3. *lit. C.* Obiic. voculæ, *sed &* in *d. C.* 3. vers. *sed & ipsis*, quasi sensus: non tantum inter se succedunt, sed etiam quando cum patruis, &c. Resp. Sed frequentissimum est & exemplis patesit infinitis, voculas, *sed &*, modo coniunctivas esse, modo discretivas, vid. Cuiac. 15. *Observ.* 19. & 25. *Observ.* 10. Rob. 1. *Animad.* 21. Obiic. *Auth. post fratres* 2. *C. de leg. her.* Resp. interpretanda est ex Novella, unde sumpta, & vera in sensu composito, non diviso, Matthæac. 2. *Epit. Leg. C.* 7. Obiicit A. Faber. Imperator profitetur in *d. Novel.* 118. *in præfat.* se omnem successionem intestati illa lege disponere. Resp. Ego: nec hic casus omnino prætermissus, sed implicite definitus, quia eo ipso, dum sub conditione inducitur repræsentatio: sub con-

singulare est, constitutum praeter rationem iuris communis cognatorum. Ideo non est producendum ad consequentias, ne si similes quidem casus viderentur proponi. *L. ius singulare. L. quod vero. D. de legib.* Multo minus transferri ad casus dissimiles. Ut hic plane dissimiles species esse ostendimus, cum filii fratrum cum aliis fratribus succedunt, & cum succedunt cum aliorum fratrum filiis.

XXIV. Erit igitur haec sententia generalis de divisione inter cognatos: ut, si defuncto neque sint liberi, neque parentes: omnes cognati qui sunt eiusdem gradus, vocentur ad hereditatem defuncti in capita, non in stirpes. Si vocentur ex diversis gradibus, ut fit tunc solum, cum sunt fratres, & aliorum demortuorum fratrum filii, tum hi succedentes una vocentur in stirpes.

XXV. Quaesitum est, ad quem usque gradum admittantur cognati ad successionem defuncti excluso fisco. Nam in *§. ult. Inst. de succ. cogn.* scriptum est agnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem usque ad decimum gradum. Cognationis autem & proximitatis iure solum usque ad sextum. Et cum [13] hac constitutione Novella exaequati sint cognati agnatis: *§. si vero neque.* vers. *nullam.* Nemo dubitare debet, quin, ut olim agnati, sic nunc quoque cognati eodem exemplo admittendi sint, etsi sint decimo gradu. Sed an ita ambo, ut decimum gradum non excedant, ut olim non excessisse ne agnatis quidem traditum est in *d. §. ult. de succ. cogn.* Et puto ex hac constitutione [14] etiam ultra decimum gradum, si quidem de cognatione possit constare, cognatos admitti. Constitutio enim diserte scripta est, omnes deinceps a latere cognatos servata cuiusque gradus praerogativa ad hereditatem vocari; neque quidquam de gradu adiicitur. *d. §. si vero.* in pr. & in fin. Quicumque igitur erunt, & quocumque gradu, dum cognati, omnes his verbis ad hereditatem admittentur. *argum. in L. item veniunt. §. petitam,* in fin. *D. de hered. pet. L. metum. 9. §. 1. D. quod met. caus.*

XXVI. Quod reliquum est: quod in successione cognatorum certos gradus atque ordines fecimus, ut diceremus primo deferri hereditatem liberis; deinde parentibus; tertio loco iis cognatis, qui sunt a latere, & in singulis generibus suo cuique ordine: monendi sumus in universum, quod ad omnes ordines pertineat, non sic accipiendum esse, ut cum [15] proximo alicui ex his delata est semel hereditas, in eius persona hereditas consistat: sed ita, ut tamdiu ita deferatur ei, quandiu erit gradu proximus. Quod si qui proximus

contraria negatur. Qua cessante sua sponte sequitur successionem personalem fieri, ac in capita. Deinde alii etiam casus omissi videri possunt, qui verbis non explicite definiti ut in *C.* 1. successio nepotum quando non cum patruis suis, sed inter se invicem soli ex diversis filiis in avita hereditate concurrunt. Uti igitur ille casus pro omisso non habendus, quia necessario sequitur ea eo quod in *d. C.* 11. cautum, nepotes in parentum locum succedere: ita & hic. Obiic Faber: Absurdum est eosdem in eadem hereditate difformiter succedere, cum patruo in capita: inter se in stirpes, cum res una simul & semel diverso iure censeri nequeat. Resp. Hot. *Ill. Q.* 14. absurdum non esse eiusdem hominis hereditatem varie quandoque pro casuum & personarum varietate, dividi. Recte ut videtur. Licet enim hic personarum non esset diversitas; tamen certe casuum. Et ideo ratio tantum stringit, si in eadem numero successione varie quoad eosdem fieret divisio. Quin & personae quodammodo diversae videri possunt. Cum enim soli sunt fratrum liberi, ipsorum persona spectatur: quando cum patruis; ipsorum parentis, cuius locum subintrat, ac perinde habetur, tanquam non ipsi, sed eorum parens, repraesentationis fictione superstes succederet. Denique si absurdum non est, ut interventus fratris efficiat partes viriles ascendentibus diversae lineae, qui si absque eo essent, ferrent inaequales: vid. *C. prec. N.* 8. nec absurdum erit, si concursus patrui faciat fratrum filiis partes inaequales, qui si is non superstes, laturi essent viriles.

13) Forst. *Lib.* 2. *C.* 9. *&* *Lib.* 8. *C.* 9. *n.* 7. Schneid. *I. hoc tit. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 39. Coler. *Decis.* 51.

14) Sunt tamen qui & iure veteri in infinitum agnatos successisse volunt. Pro quibus facit *L.* 2. *§.* 1. *de suis & legit. §. caeterum* 3. ibi, *etsi longissimo gradu l. de leg. agn. succ.* Forst. *Lib.* 2. *C.* 10. Ranchin. §. 15. *n.* 2. *&* 3. qui ad *d. §. ult. l. de success. cogn.* respondet ibi exempli caussa nominari decimum gradum, ut & Cuiac. *in not.* & Borch. *ibid.* non absolute, sed comparate ratione cognatorum, quod non in sextum tantum gradum, sed & decimum subaudi ac ulteriorem, vocentur, Gifan. *Tr. feud. C.* 12. *n.* 47. Contra alii decimo gradu etiam hodie finiri, quos multos laudat Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 1. *Gl.* 9. *n.* 23. P. Anton. de Petra *de Fideic. Q.* 8. *n.* 506. *& n.* 510. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. Ref. §.* 13. *n.* 2. Gail. 2. *Obs.* 150. *n.* 1. Matthaeac. *de Via iur.* C. 20. *n.* 8. *& n.* 16. Schneid. *Inst. h. t. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 38. *& Cap. de Success. int. vi. n.* 13. Coler *Decis.* 51. Quae sententia rationem habet, & restringi solet ut non obtineat in successione Principum, ac Comitum, Tiraq. *d. L.* Catell. Cotta *in Memora. in v. agnati.* Iure Saxonico successio transversalis ultra septimum gradum non producitur, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 3. Forst. *Lib.* 8. *C.* 9. *n.* 8. Sed diversa, quae ibi fit, graduum numeratio facit, ut utroque iure in iisdem personis finiatur Schneid. *d. loc. n.* 39 Coler. *d. Decis.* 51.

15) Proximus vero dicitur quem nemo antecedit *L. proximus* 92. *de V. S.* etsi solus sit *L. proximi* 155. *eod.* vid. Goed. *ad. d. L.* 92. Forst. *Li.* 3. C. 30. *n* 9. *& seq.* Tiraq. *de Retr. lignag. §.* 11. *Gl.* 1. *n.* 1. *& seq.* Proximitas autem requiritur delatae hereditatis tempore *L.* 6. *l. de leg. agn. succ.* id est tempore defuncti, si testamentum non condidit: sin condidit, tempore, quo, eo destituto, vel everso, res recidit ad caussam intestati, P. Greg. 45. *Synt.* 1. *n.* 8. vid. Ranchin. §. 1. *n.* 8. Forst. *d C.* 30. *n.* 14. ubi *n.* 22. quomodo proximitas probari debeat. Servatur in successione graduum computatio Civilis, quoad eas a Canonibus quoque probata, Schneid *in Rub. l. h. t. n.* 8. Fr. Munnoz de Escobar *Tomo* 2. *Var. Comput.* C. 23. *n.* 3. Io. Vinc Hondedae. *Vol.* 1. *Cons.* 4. *n.* 3. Caeterum in remotioribus agnatis sola praerogativa gradus attenditur, Schneid. in *Inst. h. tit. Cap. de* 3. *ord. succed n.* 31. *& seq.* Vult. *in pr. l. hoc tit. n.* 50. nulla scilicet distinctione lineae superioris, aut inferioris; simplicis, vel duplicis vinculi (secus iure Saxonico quo ex uno latere coniunctus, etiam ulterior, quicunque sit, semper uno gradu remotior habetur, Schneid. *d. L n.* 35.) bonorum paternorum vel maternorum, vid. *N.* 6. Moribus tamen Francorum bona transferri ad lineam, unde processerunt: ut, quoad bona paterna frater quoque uterinus excludatur ab agnato, etiam septem aut novem gradus, refert Valla *de Reb. dub. Tract.* 5. *n.* 4.

mus fuerat, aut spreverit hereditatem, aut antequam adiret, decesserit: sciendum est in reliquis inferioribus esse successionem, id est, proximo quoque deficiente, sequentes iure admitti, & in deficientium locum succedere. §. *placebat*. *Inst. de leg. agn. succ. L.* 1. §. *quibus*, & seq. *D. de successor. ed.*

XXVII. Non sunt [16] in hoc numero *sui* heredes. In *suis* heredibus non est successio, ut traditur in *L.* 1. §. *sciendum. D. de suis & legit.* Sensus est: si mortuo sint filii, & ex filio nepotes, qui omnes in potestate morientis fuerint: filii sunt sui heredes, quia in potestate morientis, & primo gradu. Si cum heredes exstitissent, postea se abstinuerunt hereditate: ut maxime nepotibus inde deferatur ea hereditas: tamen nepotes in locum parentum suorum sui heredes non succedent. Primum quod filius, qui semel suus heres exstitit, suus heres esse non desinit: ut non possit dici in deficientis locum esse successionem, cum ut suus heres non defecerit. Deinde quod in liberis is solus gradus *suos* continet, qui est primus, quo tempore post mortem parentis defertur liberis hereditas. Quæ res facit, ut filio præcedente nepotes ex eo, ne ex persona quidem sua possint esse sui heredes. De quo statuetur certius ex definitione & iure suorum heredum, qua de re in acquisitione hereditatis supra diximus Lib. 7. Cap. 2. Ac quando deferatur legitima hereditas, & quibus, dictum est. Delationem sequetur acquisitio, ut sic hereditas fiat eius, cui delata est. Ea acquisitio cum sit una & eadem quæ prodita est in hereditate testamento delata acquirenda, & de hac supra diximus, nihil superest, nisi ut quod illic diximus, hic quoque dictum esse intelligamus.

16) Vid. *L. ult. C. Unde Lib.* & ibi Don. nost. *in Op. posthum.* & Cuiac. 4. *Obs.* 6. Fach. 6. *Contr.* 66. *&* *seqq.* Ranchin. §. 19. *n.* 1. *&* 2. Vacon. 3. *Declar.* 49. *n.* 9. A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10.

CAP. V.

Quæ personæ quas res sibi acquirere prohibeantur, efficiente id partim conditione personæ, partim eius voluntate. De peculii verbo. Tum plenius de peculiis filiorumfamilias, Castrensi, Quasi Castrensi, Profecticio, Adventicio. Quatenus hæc acquirantur filiofamilias. Et in profecticio de re a patre filiofamilias donata: atque in hac tractatum fusius, an & quando hæc donatio filio confirmetur.

Dona-

Donationem e re sua filiofamilias a patre factam silentio *patris in morte non confirmari, si hic, nondum emancipato filio, decesserit. In aliis casibus secus.* XVII. XVIII.

Et quare conciliatio L. si donatione. C. de Collat. *Cum L.* Filiæ. C. fam. ercisc. *Cum L.* donationes, §. pater. D. de Donat, *& cum L.* Donationes quas parentes C. de Donat. int. vir. & ux. XIX. & seqq.

Peculium profectitium sicut filiofamilias non acquiritur: ita nec filiæfamilias potest acquiri. XXIII.

Excipitur profectitia dos: & quare. XXIV.

Bonorum adventitiorum ius patri imminutum ex Antonini rescripto, qua in parte filio quæsitum ex iure Iustinianeo. XXV.

Adventitiorum ususfructus acquiritur filio nonnunquam, aut invito, aut volente patre. XXVI.

Invito in sex rerum generibus; & quæ illa. XXVII.

Volente, in omnibus; & quomodo. XXVIII.

An fundi ususfructus filiofamilias donatus, aut relictus acquiratur patri; & quandiu. XXIX.

Triplex ordo personarum, quibus non licet acquirere ob interdictum illis commercium: quinam: & quibus ex causis illis interdicatur. XXX.

Voluntas iis est impedimento, qui hoc animo sunt, ut alteri acquirant, non sibi: hoc idem illustratur exemplis. XXXI.

I. Atque hæc hactenus de acquisitione hereditatis, seu de acquisitione rerum ea, quæ per universitatem contingit. Qui postremus modus fuit, quem inter modos rerum acquirendarum numeraremus. Quod cum ita sit: diximus autem prius de cæteris modis huius generis, sive qui sint ex iure gentium, sive qui ex iure civili: nempe hoc iam intelligi potest absolutam nobis esse eam partem, in qua quæritur, quibus modis res nobis acquirantur. Qui secundus locus fuit, de quo in ratione rerum acquirendarum cognosceremus. Ac propter multitudinem eorum modorum, adde & plerorumque amplitudinem, quam late pateat, videmus. Quo exposito, restat ad acquisitionem rerum, de qua agimus, acquirentis persona. Meminisse enim debemus eius, quod initio huius argumenti a me positum est, constare omnem acquisitionem, qua res singulæ fiunt privatæ & singulorum, his tribus velut partibus: re quæ acquiritur, ut possit acquiri: acquirendi modo, ut sit is modus, quo acquiri iure potest: tum acquirentis persona, ut sit ea, quæ possit acquirere. De prioribus duobus dixi, quantum rei & instituto convenire videbatur. Superest tertium, quod positum est in persona & iure acquirentis.

II. Ergo ut maxime superiora duo concurrant, id est sit res, quæ acquiri possit, & antecesserit iustus acquirendi modus: si res geritur ab eo, aut confertur his modis in eum, qui non potest acquirere, aperte nihil agitur. Neque vero omnes possunt acquirere his modis. An quis possit, in eo duæ sunt natura quæstiones. Una, an is, cui quæsitum volumus, possit acquirere sibi. Altera, si sibi non potest, an saltem acquirat alteri, puta nobis. In quo est illa quæstio nonnullis titulis iuris comprehensa. Per quas personas nobis acquiritur, exstat in Institutionibus, & in Codice.

III. Sed illa prior est natura, an cui volumus quæsitum, sibi acquirat. Nam si acquirit sibi, stulte quæritur, an acquirat alii, cum acquisitio in persona eius consistens rem eius faciat, nec duo eiusdem rei domini esse possint in solidum. *L.* 5. *§. ult. D. com.*

IV. Quominus quis, quod supra scriptis modis acquiritur, acquirat sibi, impeditur aut conditione personæ, aut sua ipsius voluntate.

V. Conditione personæ impediuntur duo hominum genera. Quidam ideo, quia aliena potestate tenentur. Quidam, quia cum sint sui iuris, interdicitur iis rei commercium. In potestate sunt dominorum servi; patrum filiifamilias. Hi dissimiliter impediuntur potestate, ne sibi acquirant. Servi in totum, filiifamilias in quibusdam generibus bonorum.

VI. Servi nihil omnino suum habere possunt. Quod nihil aliud est, quam servos nihil omnino posse sibi acquirere. *L. acquiruntur, §.* 1. *D. de acq. rer. dom. §. item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Sic est conditio servorum toto iure civili: servi iure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet. D. de reg. iur.* servi iuris communionem non habent neque civilis, neque prætorii. *L. qui testamento, §. servus, D. qui test. fac. poss.* Idque usque adeo in acquisitione rerum placuit; ut servi nec possidere quidem pos-

possint, non dico res cæteras: sed ne peculiares quidem. Licet hoc propius ad factum accedere videatur, quam ad ius. *L. quod servus, D. de acq. poss.* Servi tenere possunt, quod nudi facti est: possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam iuris est, cuius servi capaces non sunt. *L. stipulatio ista, §. hæc quoque, D. de verb. oblig. L. possessio, §. 1. D. de acq. poss.* Dicitur quidem servus peculium habere, & habet, cum dominus ei constituit. *L. 4. in princ. L. 5. §. ultim. D. de pec.* Atque idem [1] peculium dicitur esse velut patrimonium servi. *§. actiones autem, Inst. de act.* Sed recte, *velut patrimonium*. Nam vere patrimonium servi non est, cum, ut dixi, servus nihil possit suum habere.

VII. Filiifamilias etsi sunt in potestate patris, ut servi in domini potestate: non sunt tamen in eadem caussa. Filiusfamilias sua habere quædam potest, eademque sibi acquirere: quædam non potest. Id autem pro generibus peculii, quæ in filiisfamilias diversa sunt, varie æstimatur. Quidquid acquirit filiusfamilias, sive suo labore paravit, sive aliena liberalitate collatum apud se habet; & sive Id vere in bonis eius est; sive non est; uno nomine in usu iuris peculium filiifamilias appellatur. Verbum ita proprium filiorumfamilias: uti & servorum, ut quandiu filii eadem conditione sint, patrimonium eorum non aliter vocetur; post ubi liberati sunt potestate, statim peculium esse desinat; & quæ peculio prius tribuebantur legibus, mutata conditione adimantur. *L. ult. §. ult. C. de inoff. test.* Sic dictum quasi pecuniolum, idest, pusilla pecunia, seu *pusillum patrimonium*. *L. 5. §. ult. D. de pec.* nam & patrimonium veteres *pecuniam* suam vocabant. *L. nam quod. 14. in fin. D. ad Trebell.*

VIII. Peculii filiorumfamilias (nam servorum peculium est unius generis) duo genera sunt: militare, & paganum. Quæ indicantur in *d. L. ultim. in princ. C. de inoff. test.* Militare duplex: castrense, & quasi castrense. Genera *ibidem* notata, etsi quasi castrense medium quoddam genus inter castrense & paganum illic statuitur. Ex est revera. Sic tamen: ut nihilominus sit species militaris peculii, si quidem militant & ii reipublicæ, quorum id peculium est, ut ex definitione & iure utriusque mox intelligetur.

IX. Castrense peculium est, quod miles, qui sub armata militia stipendia meret, per occasionem militiæ acquisivit, non aliter acquisiturus. Quo in genere sunt stipendia militaria: item quæ obvenerunt ex præda & spoliis hostium: item quæ a parentibus, aut cognatis vel amicis ad militiam proficiscenti, aut in castris iam degenti donata sunt ad usum castrorum & militiæ, ut arma, equi, & cæteræ res ad eumdem usum necessariæ. *L. castrense, D. de castr. pec.*

X. Quasi castrense peculium est eorum filiorumfamilias, qui operam publicam navant reipublicæ aut caussis publice agendis, ut sunt patroni & advocati in numeros recepti: aut in eo munere, unde salaria & stipendia percipiunt publica. Quo in numero sunt magistratus, & omnes qui publico aliquo munere funguntur; item professores publici ac magistri bonarum artium. Estque id quod illi ex stipendiis publicis & superiore opera acquisierunt, non aliter acquisituri. Sic & personæ & peculium ipsum fere describitur In *d. L. ultim. §. ultim. C. de inoff. test.* Quasi castrense dictum, ut ibidem traditur, quod ad similitudinem & instar castrensis peculii inductum sit: idque propter similitudinem operæ & castrorum. Nam & superiores illi in munere atque opera publica sua quædam castra habent, in quibus militant reipublicæ non minus, quam milites, qui armis rempublicam tuentur, ut in persona advocatorum eleganti rescripto declaratur in *L. advocati. C. de adv. div. iudicior.*

XI. Totum hoc genus [3] castrensis & quasi castrensis peculii proprium est filiorumfamilias, ita his quæsitum, ut de eo statuere possint, ut velint; non aliter, quam patresfamilias de suis rebus. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. L. cum oportet in princ. vers. exceptis, C. de bon. quæ lib. Instit. quib. non est perm. fac testam. in princ.* Inde dictum. *Filiosfamilias* [2] *in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungi. L. 2. D. de sen. Mac.* Et cum olim lis nulla esse posset Inter patrem & filium, quem in potestate habet, de

1) Peculium naturale nomen: patrimonium civile. Dicitur quidem ordinarius dominus vicarii, *L. 317. de Pecul.* quia hic in illius peculio est, & sub illius imperio, sed velut dominus est non vere, Cuiac. 8. *ad Afr. ad L.* 38. §. 2. *de Pecul.* Goth. *in d. L.* 17.

2) Nec in castrensibus vel quasi castrensibus caussis agens filiusfamilias patris consensum desiderat *L. 4. §. 1. de castr. pecul.* recte contra Accurs. & Bart. Vaud. 1. Q. 48. Forst. *Lib. 7. de Succ. C. 27. n. 2.*

3) Favor militiæ hoc efficit, ut potestas patria, licet per eam non dissolvatur, ita tamen moderetur ac restringatur. Nec recte Vaud. 1. Q. 1. id inde esse, quia castrensia nihil ad usum & administrationem patris pertinent: proinde idem dicendum in adventitiis iis, quorum integram proprietatem filius oancifcitur.

de cæteris rebus filii: potuisse tamen esse ex castrensi peculio. *L. lis nulla*, 4. *D. de ind.* scilicet, quia tum res cæteræ acquirerentur patri, ut mox dicetur: peculium autem castrense proprium esset patrimonium filii, in quo & iudicium, & iudicii exsecutio consisteret.

XII. Peculium paganum item duplex; profecticium, & adventicium.

XIII. Profecticium est, quod a patre profectum est. Et a patre esse intelligitur, quod profectum est non solum ex bonis patris; sed etiam aliunde, facto tamen, aut beneficio seu contemplatione patris: ut si quis donaturus patri, dederit filio: si quis patris amicus vel cognatus filio aliquid dederit aut reliquerit. *L. 5. in pr. D. de iur. dot. L. sed si plures. §. in arrogato. in fin. D. de vulg.*

XIV. Adventicium est, quidquid filio obvenit aliunde, sive labore & opera eius, sive aliena liberalitate ad eum pervenit, puta legato, aut donatione, aut hereditate ei delata. *d. L. 5. §. si pater pro filia. D. de iur. dot. L. cum oportet, in pr. C. de bon. quæ lib. §. 1. in fin. Inst. per quas perf. nob. acq.* Ex hæ quidem appellationes in his distinguendis sunt usurpatæ veteribus, *d. L. 5. in pr. §. si patre pro filia, D. de iur. dot.* non quod si significationem verborum sequi volumus, non liceat recte dicere, quod a patre profectum est, ab eo ad filium venisse; & quod ab alio advenit, id ab eo esse profectum: sed docendi caussa commodius visum est singulas species singulis appellationibus distingui, ut factum esse docet Iustinianus in appellationibus iniusti, rupti, & irriti testamenti, in *§. alio, Inst. quib. mod. test. inf.*

XV. Peculium profecticium id demum est, quod ut olim, ita nunc quoque filiofamilias non acquiritur; ac nec potest. Nam ut maxime ei ab initio acquiri diceremus; tamen placet statim ad patrem redire. *§. 1. Inst. per quas perf. nob. acq. statim*, id est, ita, ut in iure vetere erat; ut ne momento quidem subsistat in persona filii. *L. placet. D. de acq. her*, Hoc Iustinianus in *d. §. 1. per quas perf.* scribit se constituisse generali constitutione emissa: intelligens *L. cum oportet. in pr. C. de bon. quæ lib.* Ubi tamen ex professo non agit, nisi de bonis adventiciis, quæ vetat patri acquiri, ut olim. Sed satis cavet & de profecticiis, cum patri acquiri vetat, quæ aliunde perveniunt ad filium, & addit, non etiam quæ perveniunt ex substantia patris. Sic enim aperte hæc vult iuri veteri relinqui, & acquiri patri, ut prius.

XVI. Ex hoc iure [4] dictum est, si pater filio quem in potestate habet, donet, nullam esse donationem. *L. 1. §. 1. D. pro don.* Nam donatio ut huc spectat, ita si vera est, hoc efficit; ut dominium transferatur in accipientem. *L. 1. D. de donat. L. senatus. D. de mort. cauf. don.* Filio a patre donatum non transferri in filium effectum est. Nulla igitur donatio.

XVII. Sed hoc loco diligenter notandum est, quæ hic ab initio non valuit donatio, eam postea nonnunquam [5] silentio patris confirmari, cum filius sui iuris esse cœperit. In quo hæc distinctio veterum, quæ ex variis locis in unum collatis colligitur, tenenda est. Si quid pater filii nomine, quem in potestate habet, comparavit; quamdiu filius in potestate est, liberalitas filio non acquiritur. Ubi exiit de potestate, constitutum est, si non postea contrarium patris iudicium probetur, proprium filii effici; & patre forte mortuo, in divisione hereditatis præcipuum fieri filio. *L. filiæ. C. fam. erc.* Quod si pater aliquid donavit de suo, si quidem emancipavit filium, & peculium emancipato non ademit; respondit & in hac specie Papinianus, videri patrem ex post facto donationem perfecisse. *L. donationes, §. pater. D. de donat.* Significans ab initio non constitisse donationem, ut & supra diximus: sed silentio patris donationem confirmari ei, qui iam aliquid suum habere possit, sui iuris emancipatione factus.

XVIII. At si idem pater non emancipato filio decesserit: diserte scriptum est in

4) Propter vinculum potestatis, quia necessario patri redacquireretur, Gomez. 2. *Resol.* 4. *n.* 25. & sibi ipsi is donaret, Beust. *ad L. 1. de Iureiur. n.* 120. Aliter A. Fab. vid. *N.* 11. Vaud. 1. *Q.* 4. olim donationes has irritas fuisse, quia nulla acquisitio in persona filiifamilias constituit. Quod quia hodie mutatum, ac redditi filiifamilias compotes acquisitionis, nihil impedire quo minus filiisfamilias parentes quidquid velint, donent. Quod probandum non est. Quid si remuneratoria sit donatio? Valere affirmant plures quos refert Vasq. 3. *Contr. usu. freq.* 46. *n.* 8. & Menoch. *de Arb. Cap.* 132. explicans quæ bene merita esse debeant, ut æquivaleant rei donatæ, & *C.* 134. unde de illis liquere debeat, vid. & Fach. 3. *Contr.* 74. & 76. Moll. 2. *Sem.* 16. &, qui maxime, nec sine ratione, contra nititur Ant. Fab. 41. *Err. Pragm.* 6. Iure Saxonico donatio rerum mobilium facta filiofamilias valet statim, quicunque deinde præmoriatur, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 10. Coler. *Decis.* 13. Beust. *ad L. 1. de Iurei. n.* 215.

5) Quid si iureiurando firmata sit? Valere putant, quia eorum quæ legibus statuta, ut patria potestas, ratio non habeatur, ubi animæ periculum vertitur, Fachin. 3. *Contr.* 87. post alios relatos Ierem. Setser. *Lib.* 2. *de Iuram. C.* 12. *n.* 6. Contra Cuiac. *Conf.* 26. *p. m.* 76. quia subverti nequeat naturalis ratio, quæ non patitur, ut sibi ipsi quis donet utiliter. Quod verum non est. Imo ratio illa civilis est, qua patria potestas unius personæ intellectum inducit, & A. Fab. 41. *Err. Pragm.* 4.

in *L. si donatione*, *C. de collat.* rem donatam manere hereditariam; nec morte patris præcipuam fieri eius, cui donata est. Et priores duæ partes ut consentiunt inter se: ita congruunt cum *L. donationes, quas parentes*, *C. de donat. int. vir. & ux.* ut minus dubitandum sit, quin veræ sint. Sola hæc postrema & prioribus illis partibus distinctionis, & *d. L. donationes, quas parentes*. contraria, incidit præcipue in difficultatem. Itaque quam vera sit, & quomodo intelligenda, quamquam conveniat cum superioribus, videamus. Nihil vero ne hac quidem postrema parte distinctionis verius, etiam in ea re, quam pater vere & simpliciter donavit filio; non autem ita dedit, ut eam separaret a suis rationibus, & filius tantum in peculium haberet. Quæ traditionis distinctio legitur in *L. per servum*, *§. 1. D. de acq. rer. dom.* Nam de fundo filiæfamilias constitutæ a patre donato diserte scripta est *L. si donatione. C. de collat.*

XIX. Non adversantur priora. Ac primum non illud, 6 quod placet, si quid pater filii, quem in potestate habet, nomine comparavit; id mortuo patre præcipuum filio adiudicari. Multum enim interest ad confirmationem liberalitatis paternæ, utrum quid pater de suo donet filio; an vero quod alienum est, comparet nomine filii. Quod pater filio quem in potestate habet, donat de suo id totum est patris, sive quod manet etiam nunc patris, ut erat prius; sive quod filio acquisitum, eodem momento redit ad patrem, ut est conditio profectícii peculii omnis. *§. 1. Inst. per quas pers.* Si res patris est; necesse est hanc mortuo patre effici hereditariam; & iure hereditario ad omnes heredes pertinere: quoniam heredes, ut in reliquum ius omne defuncti; sic in dominium rerum hereditariarum succedunt. *L. heres in omne*, *D. de acq. her. E. cum heredes*, *in pr. D. de acq. poss.* Quo fit id, quod est in *d. L. si donatione*, *C. de collat.* ut ei, cui res inutiliter donata erat, non possit in divisione hereditatis esse præcipua. Et hoc, nisi recenti aliqua voluntate supremа patris hæc donatio filio confirmata esse probetur. Quam voluntatem nullam ostendi, in moriente patre paulo post dicemus. At quod pater comparavit filii nomine, id non acquiritur unquam patri: ut proinde non sit patris, eoque nec possit dici moriente eo esse hereditarium, cum id solum sit hereditatis, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas*, *D. de reg. iur.* Patri non acquiri certum est, quoniam ut emit nomine filii; sic traditum nomine eius accipit. Hoc enim est nomine filii comparare. Quod quis traditum accipit nomine alterius, non suo; id sibi non acquirit, quia non vult. *L. multum. in fin. C. si quis alt. vel sibi.* Quid, si res tradita sit filio, ipsius nomine mandante patre, ut ei tradatur? Ne sic quidem per filium acquiretur patri, quia prius id agi oporteret, ut statim acquireretur filio: quo facto statim res transiret ad patrem, atque ita ei acquireretur. *d. §. 1. Inst. per quas pers. d. L. placet. D. de acq. hered.* Nunc autem cum pater velit rem geri nomine filii ut res ei acquiratur: necesse est, id agi superiore traditione: ut res filio tradita tunc in eum transferatur; cum filius quærere poterit, id est cum sui iuris factus erit. Neque novum est res tradi sub conditione: ut non aliter accipientium fiant, quam si conditio exstiterit. *E. qui absenti. §. 1. D. de acq. possess.* Hæc iam res facit, ut, mortuo patre, non possit res ita comparata pertinere ad heredes, & inter eos dividi, cum non sit hereditaria, quæ morientis non fuit. *d. L. hereditas*, *D. de reg. iur.* At traditam nomine filii, iam inde illius propriam fieri, necesse est, sive illi tradita est: quia res nobis traditæ per traditionem nobis acquiruntur, cum conditio traditionis exstitit, & nostri iuris sumus: *§. per traditionem. Inst. de rer. divis. d. L. qui absenti. §. 1. de acq. poss.* sive tradita est viventi patri; quia tradita est nomine filii, ac possessione ille rem filio etiam sui iuris facto acquirere potuit: quoniam per quemlibet possessio nobis acquiri po-

6) Græci pugnam ita dirimunt. In *d. L.* 18. perseverasse patrem in voluntate donandi usque ad mortem. In specie *d. L.* 13. non perseverasse. Sed ea distinctio ex facto sumitur, cuius cognitio incerta, ut recte Cuiac. 9. *Obs.* 17. qui tamen nihilo melius: suos ab intestato donationem simplicem conferre *d. L.* 13. testamento institutos non conferre, sed præcipuum habere; hodie autem ex *Novell.* 18. & hos conferre 3. *Obs.* 30. & *d. C.* 17. Ranchin. *de succ. ab int.* §. 20. *n.* 2. pro *nam* reponit *nec* in *d. L.* 13. negativam sententiam in affirmativam ita convertens, vel potius pervertens, & A. Fab. 40. *Err. Pragm.* 2. pro *a patre* legit *a matre*, vel illa verba interpreti adsignanda censet, qui & *ibid. ac in seqq.* de hac materia multis disputat, vid. hac de re, & quando huiusmodi donatio confirmetur, valeat, vel non valeat, Vacco. 4. *Decl.* 56. *n.* 10. & *seq.* Beust. *ad L.* 1. *de Iurei. n.* 118. & *seqq.* P. Gilb. *de Præscr. P.* 2. *Membr.* 2. *C.* 18. *n.* 6. Ntell. *Disp. Feud.* 2. *Th.* 5 *lit. C.* Morte vero non confirmari nisi traditio prius a vivo patre facta, tradunt Beust. *d. loc. n.* 123. quia sine ea nihil est, quod confirmetur, cum donationis obligatio nulla fuerit. Gomez. *in L. Taurin.* 17. *n.* 4. Tiraq. *de l. constit. poss. P.* 1. *n.* 49. & 3. *seqq.* ubi & an ficta traditio sufficiat. An morte confirmata capiat vires & accipiatur iure legati vid. A. Fab. 42. *Err. Pragm.* 2. qui negat: An eadem retrotrahatur ut fructus sint donatarii ex die factæ traditionis, vid. Fach. 3. *Contr.* 73. A. Fab. 40. *Err. Pr.* 3. Et de aliis quæstionibus A. Fab. *Err. Pragm. Decade* 40. 41. & 42. Fach. *d. Lib.* 3. *Cap. seqq.*

ri potest, & per possessionem dominium. *L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom.*

XX. Altera pars distinctionis videbitur vehementius adversari. Nam & ea est de re, quam pater donavit item de suo; quam idcirco constat esse in bonis patris. Placet nihilominus, emancipato postea filio a patre, donationem paternam, quæ prius nulla erat, hoc ipso quod pater eam non revocavit, filio confirmari. Et quid interest, dicat aliquis, utrum emancipetur filius non revocata donatione; an vero eadem non revocata pater decedat, cum pariter utroque modo filius efficiatur sui iuris, & morte, & emancipatione? *L. pupillus, D. de verbor. significat. Instit. quib. mod. ius patr. pot. solv.* in princ. & *§. præterea*. Sane vero ad liberandum potestate filium inter ista nihil interest: ad voluntatem patris & donationis infirmationem plurimum. Emancipato filio confirmatur prior donatio, non utique propter emancipationem, sed propter 7 voluntatem patris, quæ & ipsa emancipatione declaratur, & post emancipationem. Nam ab initio non alio consilio pater emancipat filium, quam, ut filius sui iuris factus omnia suo iure habeat, quæ alioqui sine emancipatione patri quærerentur. Hoc quidem emancipationis beneficium & unicum esse constat. *L. 1. D. si a par. quis manumis.* Ideo intelligitur pater inter cætera emancipasse filium hoc animo; ut, quod illi prius quæsitum volebat, neque poterat propter patriam potestatem acquiri; iam nunc liberatus potestate sibi proprium habere incipiat. Sed intelligitur certius hæc voluntas patris post emancipationem hoc ipso, quod peculium, & in peculio rem donatam filio non adimit. Hoc vero qui facit non tam postea donationem emancipato *perficere*, ut loquitur Papinianus, quam recenti voluntate rem donare & in eum transferre intelligitur. Nihil enim interest ad rem ex donationis, aut alia iusta caussa transferendam, utrum quis ex ea caussa nunc primum rem tradat alicui: an, cum forte apud eum esset, patiatur apud eum ex eadem caussa manere. *L. qua ratione. §. interdum. D. de acq. rer. dom. L. restituta. D. ad Treb.* At filio emancipato peculium, & in eo peculio rem donatam non adimere; nihil aliud est, quam pati rem donatam apud eum esse; & pati ex priore caussa donationis. Nam hac de caussa prius tradiderat. Quare hoc qui facit pater; recte dicatur rem nunc emancipato velut tradere donationis caussa; & hac ipsa de caussa in eum transferre, qui iam sibi quærere potuit: ut magis hic nova sit donatio, quam vetus confirmata. Iure tamen nova est; quia prior nulla fuit. Ex affectu autem patris, recte dicitur Papiniano donatio *perfici*, quam ille animo inchoavit: re non perfecit, iure refragante. Nulla istiusmodi 8 voluntas ad donationis confirmationem ostenditur neque in morte patris, neque post eius mortem. Nam primum nemo moritur hoc animo; ut filios suos patria potestate liberet, aut quo illi sui iuris facti nanciscantur alicuius rei quærendæ, habendæve potestatem: sed quia necesse habet, qui cogitur Deo & naturæ legi parere. Nulla autem liberalitatis significatio in eo, quod facere necesse habeas. *L. rem legatam, D. de ad. legat.* Ita fit, ut nulla hic recens voluntas patris ad confirmandam donationem intelligatur in morte eius. Multo vero minus mortuus dicatur confirmare voluisse donationem, quoniam mortui nulla voluntas est; atque adeo, si quid ante voluit, morte ipsa velle desinit. *L. 4. D. loc.* Non adimit mortuus peculium, aut rem prius donatam: sed non ideo, quia velit apud filium manere, cum amplius velle non possit: sed quia non potuit adimere, qui velle adimere non potuit; ut utrumque velle potuit ille vivus pater, qui filium emancipaverat. Bene igitur, & manifesta ratione in donatione paterna confirmanda mors patris ab eius emancipatione distinguitur.

XXI. Restat ad extremum. *L. donationes, quas parentes, C. de don. int. vir. & uxor.* quæ & de donatione in liberos in potestate constitutos collata nominatim loquens, hanc ipsam videtur liberis confirmare etiam mortuo patre. Sic enim illic cautum est, *donationes, quas parentes in liberos cuiuscumque sexus in potestate sua constitutos conferunt; aut maritus in uxorem; vel uxor in maritum:* quæ donationes ab initio non valuerunt, ita demum per silentium donatoris firmas esse: si observatæ sint eæ conditiones, quæ sequuntur in lege. Quis autem ignorat *silentium* intelligi maxime, cum donator moritur, qui nec ante revocavit donationem, nec tunc revocat? Certe in re a marito aut uxore donata non aliud silentium intelligitur, quo confirmetur donatio. *L. cum hic status. D. de don. int. vir.*

7) Ipsa non ademptio est tacita donatio, quia hæc tota pendet a voluntate donantis, quæ perseverat tempore, quo filius capax, Gifan. *in d. L. 31. de donat. n. 44. & seq.*

8) Vid. Menoch. *de Arb. ind. QQ. Lib. 1. Q. 69.*

vir. & uxo. Et de eo loco hoc respondeo: si simpliciter definiretur illic, donationes superiores silentio donatoris confirmari: non posse negari, quin *silentii* verbo, etiam morte donantis patris donationes ab eo profectæ, & maxime morte eius confirmarentur. Sed observetur, superiore oratione de confirmanda per silentium donatione nihil in universum affirmari; sed orationem esse sub condicione, & esse hunc sensum, quasi ita scriptum esset: donationes [9] superiores, si quas placuit, & quatenus placuit, silentio donatoris confirmari, sancimus ita eas per hoc silentium firmas esse; si ea intervenerint, quæ sequuntur. Quænam igitur donationes parentum in liberos confirmantur silentio donantis patris, & quo silentio? Id cum sit obscurum, ex eo loco, si qui sunt alii, quibus hæc res explicetur: nimirum ex his sumendum & interpretandum est. Sive, quod si in liberis nostris unam velut legem Iustiniani accipimus: sit ut quod in una parte ambiguum aut obscurum est, ex altera, quæ certa sit, explicari debeat: *L. incivile. D. de legib. L. utrum. D. de hered. pet.* sive quod si diversas horum locorum leges accipi volumus: tamen obtinuit in interpretatione legum, semper priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores trahi. *L. non est novum,* & 2. seqq. *D. de legib.* Constat autem ex superioribus, donationem a patre collatam in filium, quem pater in potestate habuit, emancipato quidem filio perfici silentio patris: *d. L. donationes. §. pater. D. de donat.* mortuo autem patre non confirmari. *d. L. si donatione. C. de coll.* Recte igitur ita dicemus, & convenienter sententiæ legis Iustiniani: Quod pater filio, quem in potestate habet, donavit; mortuo patre, nullo modo confirmatur filio; ut proinde quærendum non sit; quibus conditionibus confirmetur ea donatio, quæ omnino non confirmatur silentio donantis. At si pater hunc ipsum filium emancipaverit, peculio non adempto: perficitur donatio ex iure vetere: sed non aliter quam iis conditionibus, quæ postea lege Iustiniani inductæ sunt: idest, si donatio non excedat legitimum modum, aut excedens, si sit insinuata, aut testamento confirmata.

XXII. Summa est, donationem omnem a patre profectam in filium, qui in potestate est, quandiu in potestate manet, ita nullius esse momenti; ut donatum a patre non recedat, id ex eo accidere, quod filius sibi donatum acquirere non possit: ideo autem non possit, quia prohibeat potestas, quæ facit, ut, si maxime donatum acquireretur ad aliquod momentum filio: tamen statim ad patrem redire debeat. *d. §. 1. Inst. per quas pers.* Quod autem hic donatio non valet, eius iuris hanc vim esse; ut nec, filio patria potestate liberato, res fiat eius; nisi aut pater contulerit translationem in id tempus, cum filius sui iuris erit, veluti, cum fundum comparavit nomine filii: aut donationem recenti voluntate filio confirmavit, ut cum eum emancipavit non adempto peculio.

XXIII. Quod de filiofamilias diximus, huic profecticium peculium acquiri non posse: & de filiafamilias multo magis dictum intelligendum est, cum multis in caussis iure civili deterior sit conditio fœminarum, quam masculorum: nunquam melior. *L. in multis. D. de stat. hom.* Et certe quod de donatione profecticia supra diximus, hanc nullam esse, etsi interdum filio sui iuris facto confirmetur; de donatione in filium collata dictum est in *L. 1. §. 1. D. pro don.* in reliquis autem locis prope omnibus dictum legimus de donatione collata in filiam, ut *L. filiæ. C. fam. ercisc. L. donationes. §. pater, D. de donat. L. si donatione. C. de collat.* Sed ut sciremus citra controversiam ius superius ad utrumque sexum pertinere; de utroque nominatim in hoc iure comprehensum est in *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* In filiafamilias tamen non est perpetuum.

XXIV. Excipitur [10] dos profecticia. Huius capax esse filiafamilias dicitur, scilicet, ut sibi propriam habere possit; non secus quam si esset materfamilias, *L. Pomponius Philadelphus.* in fin. *D fam. ercisc.* Idcirco & dos dicitur esse *proprium patrimonium* filiæfamilias in *L. 3. §. ergo. D. de min.* Non sane propter sexum: sed favore dotis, cuius præcipuam ubique caussam esse placuit. *L. 1. D. sol. matr.* Idque usque adeo doti datum est, ut, quanvis pater dotem non dederit marito nomine filiæ, quam habebat in potestate; sed tantum tradiderit prædia quædam ipsi filiæ

9) A. Fab. 50. *Err. Pragm.* 3. Iustinianum in *d. L.* 25. nihil novi constituisse; sed hoc, ut ius vetus de confirmandis donationibus non aliter locum habeat, quam si vel non excedant legitimam, vel insinuatæ sint. Nec vero dicamus, cum Balduino *in Iustin.* & Bocer. *de Donat. C.* 3. *n.* 6. a Triboniano *L.* 1. §. 1. *Pro donato* Pandectis insertam, cum *d. L.* 25. ante Pandectas compositas lata sit.

10) Diss. A. F. 7. *Coniect.* 12. & 13. *Coniect.* 2. *in fin.* qui nec ex caussa dotis donationem in filiamfamilias collatam valere vult; (quod refellit Fachin. 13. *Contr.* 60.) immo 40. *Err. Pragm.* 9. ex *d. L.* 35. probare nititur donationem illam deterioris conditionis fuisse quam alias. Quod refellere tædet. Idem 13. *Coniect.* 14. & *seqq.* nec in dote profectitia aut adventitia filiamfamilias heredem habere potuisse.

liæ dotis cauſſa, & quidem ita, ut tantum reditus eorum genero ſolvi mandaret: reſponderit tamen Papinianus hæc prædia mortuo patre ut propria a filia per cauſſam dotis retineri poſſe. *d. L. Pomponius. fam. ercisc.* Et eſt ſane ipſum corpus, quod dotis cauſſa datum eſt, ipſius filiæ, & vivo patre; ut de eo pro arbitrio ſtatuere non poſſit pater; *L. 3. D. sol. mat.* & mortuo; ut tum dos præcipua filiæ adiudicari debeat. *d. L. Pomponius. fam. ercisc.* At actio dotis profecticiæ quæ ſoluto matrimonio reſtitui debet, communis eſt patris & filiæ, & quidem hactenus, ut ſolus pater agat; non tamen aliter, quam ex voluntate filiæ. *L. 2. verſ. 2. L. 3. D. sol. matr.* De qua actione, cum ad obligationem & repetitionem dotis pertineat, ibi quærendum eſt.

XXV. Adventicii peculii eadem conditio olim fuit, quæ & profecticii. Denique exceptis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus peculiis, [11] generale ius fuit: ut quidquid acquireret filius, qui in poteſtate eſt, acquireret patri, eoque nec magis quidquam ſuum habere poſſet, quam ſervus. *L. acquiruntur. §. 1. D. de acq. rer. dom. L. placet. D. de acq. her. d. L. 1. D. si a par. quis fuer. manum.* Poſtea excepta [12] eſt conſtitutione Imperatoris Marci Antonini Philoſophi hereditas matris inteſtatæ, quam placuit ad liberos, tametſi in aliena poteſtate eſſent, pertinere. *L. pen. D. ad Tertyll. L. 6.* in fin. pr. *D. de acq. her.* Poſt etiam recentiorum Imperatorum conſtitutionibus ius idem confirmatum, ſed detracto uſufructu, qui patri datus eſt in his ipſis bonis. Ad extremum bona omnia adventicia filiofamilias quæſita in eadem cauſſa haberi cœperunt conſtitutione Iuſtiniani. De quibus ille ita conſtituit in *L. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* ut adventiciorum proprietas acquiratur filio, uſufructus patri. Et utrumque proprio quodam iure. Nam proprietas sic tribuitur filiofamilias, ne liceat [13] ei, quamdiu in poteſtate eſt, res eius peculii alienare non conſentiente patre. *L. ult. §. filiis. C. eod.* Uſusfructus autem patri ita conſtitutus, ut ſit liber, id eſt, ut liceat patri res huius peculii adminiſtrare, atque his ita frui, ut velit, nec cogatur aut ipſe finito uſufructu ſuo, aut heres adminiſtrationis eius rationem reddere; ſoltum adempta patri rerum ipſarum, quarum uſusfructus eſt, alienatione. *d. L. cum oportet. §. nos autem.* Sed de horum utroque dicetur poſtea opportunius ſuo loco in iure rerum noſtrarum.

XXVI. Nonnunquam placet etiam uſumfructum adventiciorum acquiri filio, ut res pleno iure fiant eius. Ius receptum partim invito patre, partim volente.

XXVII. Invito patre [14] in his ſex rerum generibus. Primum in rebus [15] donatis a principe. *L. cum multa. C. de bon. quæ lib.* Secundo in rebus [16] a quolibet donatis ea lege, ne ad patrem perveniat uſusfructus. *auth. excipitur. C. eod.* Ad quod genus referri debent ſervi filiofamilias ita donati, ut ſtatim ad libertatem perducantur. De quibus ita conſtitutum eſt in *L. ult. §. ult. C. eod.* ne horum uſusfructus ullus acquiratur patri. Scilicet, quia hac lege donati intelliguntur. Nam manumiſſorum, id eſt, liberorum nullus poteſt eſſe uſusfructus. Quare qui eos iubet ſtatim manumitti, iubet effici, ne unquam uſusfructus eorum ad aliquem veniat. Tertio in hereditate fratris ſororiſve, ad quam filiusfamilias una eum patre admittitur. *auth. item hereditas. C. eod.* Quarto in his, quæ ex lege deferuntur liberis ob delictum parentis, qui quæve divortium fecit ſine cauſſa. *auth. idem est. C. eod.* Hæ autem res ſunt lucra nuptialia, quæ facturus erat maritus aut uxor, ſi non divertiſſet. *L. consensu. §. ult. C. de repud.* Quinto in hereditate filio delata, in cuius aditionem pater conſentire nolit. Pa-

11) Contendit tamen A. Fab. 7. *Coniect.* 11. Filiumfamilias re veteri acquiſitionis non incapacem, quæcunque pater per eum ſibi acquiri noluit, ipſum accepiſſe, ac dominum effectum. Ibidem donationem filiofamilias factam a patre invalidam, non quia filius acquiſitionis incapax. Tum enim pater maxime oſtendit ſe habere nolle, ſed quia nulla obligatio inter patrem & filium conſiſtit. Donatio autem non valet, niſi obligatio contrahatur. Quæ ratio conveniens non eſt. Nam donatio traditionem coniunctam ſtatim habent contractus non eſt, nec obligationem parit, alias eodem momento obligatio orirctur & diſſolveretur, quod natura non patitur.

12) Non puto. Nam *d. L. 6. §. 2.* omnino probat potius & hanc hereditatem patri per filium acquiri, cum & ad illius aditionem paternus conſenſus requiratur. Melior Belloni e poſitio, ad *d. L. pen* ceu retuli in N. 2. C. 2.

13) Ut nec iuramento alienatio firmetur. Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 9. & 10. Auctoritatem autem perhibente patre, etiam donatio de adventitiis valet, P. Fab. *ad L.* 165. *de R. I.* Quid ſi filiusfamilias ex illis bonis donationem in patrem conferat? vid. Cuiac. *Cons.* 44. (qui eam æque morte filii confirmari vult) A. Fab. 45. *Err. Pragm.* 4. & *seqq.*

14) De his caſibus vid. Forſt. *Lib.* 7. *de Succ. ab int. C.* 27. qui plures refert & Scip. Gentil. *de Bon. matern. C.* 6.

15) Quæ tamen quaſi caſtrenſibus quis rectius accenſuerit per verba *d. L. 7. ad similitudinem castr. peculii* P. Fab. *ad L.* 93. *de R. I. p.* 435. & ratione ea, quod princeps bene de Republica meritis munificentiam ſuam contuliſſe cenſendus ſit.

16) Et hac lege hodie filiusfamilias inſtitui poteſt. Olim non potuit ita inſtitui, ne patri per eum hereditas acquireretur. Hinc frequentes in filiorumfamilias inſtitutionibus conditiones emancipationis *L. ult. de pet. her. L. pen. Unde lib. L. 3. Cod. de Inst. & subst.* & aliis citatis a Cuiac. 2. *ad Afric. in L.* 46. *de her. inst.*

Patre namque hoc casu recusante, fit potestas filio hereditatem per se adeundi hac lege, ut solidum filio acquiratur, nihil patri, ne usufructus quidem. *d. L. ult.* §. 1. *C. eod.* Postremo in dote adventicia. Nam si dos ab ipso patre profecta in totum non acquiritur patri: sed proprium patrimonium est filiæ, ut supra ostendimus: quanto minus acquiretur patri, quæ obvenit aliunde? Constat enim ex superioribus plus iuris esse patri in profecticiis bonis, quam in adventiciis.

XXVIII. Volente patre placuit Iustiniano, omnium adventiciorum usumfructum acquiri filiofamilias, si pater permiserit ei, ut usumfructum retineret. *d. L. cum oportet.* §. *fin autem. C. eod.*

XXIX. Quid si ususfructus tantum fundi donatus erit, aut relictus filiofamilias? Utrum totus acquiretur patri, quia lex vult usumfructum patri acquiri: an vero nihil acquiretur, quia lex iubet proprietatem manere apud filium; in hoc autem usufructu si quid relinquitur filio, nihil est, quod transferatur ad patrem? Et verba constitutionis efficere videntur ipsum usumfructum, id est, ius utendi fruendi, quod filio donatum est, patri non acquiri. Sic enim vult constitutio rei filio quæsitæ usumfructum acquiri patri: ut eiusdem rei dominium (sic enim loquitur constitutio) id est ius ipsum summum & præcipuum rei quæsitæ sit ipsius filii. Hoc autem ius in usufructu, est ipse ususfructus. *L.* 1. *D. de usufr.* Quinetiam dominium ususfructus apud veteres nonnunquam legimus pro ipso iure ususfructus. *L.* 3. *D. si usufr. pet. L. semper.* §. *hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Quapropter dubitari non debet, quin ex constitutione, ususfructus ad filium pertinere debeat. Eius iuris ususfructus acquireretur patri ex constitutione, si modo eius esset aliquis ususfructus. At hic nullus est. Ususfructus enim servitus est. *L.* 1. *D. de servit.* servitus autem Servitutis esse non potest. *L.* 1. *D. de usufr. leg.* Et hoc quidem ex constitutione superiore Iustiniani, id est, ex *L. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* recte disputatur. Sed idem Iustinianus in *L. ultim. C. de usufr.* videtur in hac specie ipsa ita constituisse, ut hic ususfructus sic acquiratur filio, ut prius acquiratur patri. Idque hoc modo, ut quamdiu pater vivit, ususfructus ad eum pertineat, & quamvis filius vivo patre decesserit, maneat tamen ususfructus patris. Quod si pater decesserit filio superstite: ususfructus redeat ad filium, quasi illius quoque contemplatione relictus. De qua specie amplius nobis cognoscendum est libro sequenti in ususfructus amissione, quæ ex persona fructuarii contingit.

XXX. Atque hi sunt, qui potestate aliena, cui subiecti sunt, prohibentur sibi acquirere: hæ caussæ, in quibus his acquiri non potest. Sunt, ut dixi, quibus alioqui sui ioris constitutis acquirere non licet, quia his interdicitur rei commercium. Quorum tres sunt ordines. Quibusdam enim interdicitur propter crimen: quibusdam propter munus operamve publicam: nonnullis odio quidem personæ, magis tamen propter rem, de qua acquirenda agitor. Propter crimen Manichæis, Donatillis, & iis qui [17] damnatione civitatem amiserunt, quo in numero sunt in opus publicum perpetuo dati, & in insulam deportati. De Manichæis & Donatistis ita cautum est in *L. Manichæos. C. de heretic.* & *Manich.* ut iubeat lex eos amoveri ab omni liberalitate, & successione quolibet titulo venientes; præterea non emendi, non postremo contrahendi cuiquam eorum convicto relinqui facultatem. Deportati, & qui in opus publicum dati sunt, civitate amissa, in ea sunt caussa, ut ea quidem babeant, quæ sunt iurisgentium: at quæ sunt iuris civilis non habeant. *L. sunt quidam. D. de pœn.* Quibus verbis ab omni acquisitione rerum, quæ ex iure civili est, removentur. Propter munus operamve publicam interdicitur [18] acquisitio iis, qui officia publica administrant; item militibus: sed quatenus acquisitio utilitati publicæ obesse visa est. De prætoribus igitur, & provinciarum rectoribus ita cavetur *L. unica. C. de contractib. iud.* Ut his interdicat Iustinianus quidquam donatum accipere, item emere res quascumque sive mobiles sive immobiles, præter eas, quæ ad alimoniam vel vestes pertinent. Prioribus quidem cum hac exceptione, nisi quid princeps hic illis permiserit: posterioribus autem, etiam si princeps permittat. De aliis publica administratione fungentibus, itemque militibus ita scriptum est: in *L. qui officii. D. de contrah. empt.* qui officii caussa in provincia agit vel militat, prædia comparare in eadem provincia non potest: præterquam si paterna eius a fisco distrahantur.

Quæ

[17] Vid. P. Gilen. *de Prascr. P.* 3. *C.* 6. Habentur enim pro mortuis quoad societatem civilem, Vacon. 1. *Declar.* 18. *n.* 3. non absolute & in omnibus, de quo vid. Lonut. *de Iur. arte Tract.* 5. *Axiom.* 3. 4. & 5. Salomon. *in Paradox. in L. Gall.* §. *& quid tantum* 5. *f.* 27, Cuiac. 3. *Obs.* 10. Hot. 6. *Obs.* 21. Pac. 6. *Q.* 59. A. Fab. 1. *Iurispr.* 11. *Pr.* 3. *Ill.* 1.

[18] De his vid. plenius *infra Lib.* 12. *C.* 22.

Quæ exceptio, puto, ad superiores illos etiam post constitutionem Iustiniani recte referetur. *arg. L. non est novum, & seqq. D. de legib.* Propter rem, de qua acquirenda agitur, interdum Iudæis & Paganis commercium interdicitur, ut Christiani mancipii commercium, id est, acquisitio omnis, omnisque possessio. *L. unica, C. ne Christian. manc.*

XXXI. Hæc de priore genere eorum, qui sibi acquirere non possunt. In quo sunt, quibus ad acquirendum obstat conditio personæ. Alterum genus fuit eorum, quibus obstat sua ipsorum voluntas. Et voluntate sua, quominus sibi acquirant, impediuntur omnes: si quid hoc animo accipiant, ut alteri acquirant. Iam ante attigi, & hic maxime statuendi locus est, quod quis alterius negotium gerens comparavit, acceptive nomine eius; ipsum sibi id acquirere non posse, quia voluntas acquirentis refragetur. *L. multum. in fin. C. si quis alt. vel sibi. L. si genero. C. de iur. dot.* Omninoque sic se habet acquisitio per occupationem & traditionem: ut nihil hinc cuiquam acquiratur, nisi volenti. Occupatio est naturalis apprehensio possessionis, a qua dominium proficiscitur iure gentium. *L. 1. D. de acq. poss.* Nulla autem possessio acquiritur sine animo. *L. 3. in pr. D. eod.* In his vero rebus, quæ dominium per traditionem transferunt, ita regula traditur: nihil agi, nisi *concurrat affectus ex utraque parte contrahentium*. L. in omnibus rebus. *D. de action, & obligat.*

C A P. VI.

Personæ iuri nostro vel in totum, vel ex parte iuri nostro subiectæ, per quas nobis acquiratur, quæ. Per eas quid nobis acquiratur, & quatenus.

Continuatio: ubi & illa quæstio. Num alii quærat, qui sibi non acquirit. I.
Qui acquirunt alii, aut iuri alieno subiecti, aut liberi. II.
Illi autem qui. III.
Filiifamilias sunt eadem conditione, qua servi in acquirendo aliis. IV.
Excepto castrensi peculio, aut quasi castrensi, & in adventitiis proprietate. V.
Servos acquirere domino quocunque modo. VI.
Præterquam cum animo sunt invito. VII.
Quas res domino servi non acquirant. VIII.
Non eos acquirere domino proprium factum. IX.
Non semper rem sub conditione legatam. X.
Non res hereditarias. XI.
Nec item possessionem rerum hereditariarum, aut partem hereditatis acquirere, servos hereditarios: & quare. XII.
Quid ex iure Iustinianeo. XIII.
Servi acquirunt domino statim *& ignoranti & invito; & quomodo.* XIV.
Quæ excipiantur. XV.
Ignoranti domino possessionem quæri ex caussa peculii; scienti dumtaxat ex aliis caussis; & quæ differentiæ ratio. XVI.
Nec invito, nec ignoranti domino hereditatem quæri; & cur ita. XVII.
Immo nec volenti domino interdum, & quando servi acquisitionem domini ipsius præcedat, aut sequatur rati habitio. XVIII.
Quæ item discriminis ratio. XIX.
An servi, & libertini damnati ad metallum fisco acquirant. XX.
Hereditarius servus omnia acquirit hereditati præter ipsam hereditatem, usumfructum, & possessionem. XXI.
Cur hæc tria excipiantur. XXII.
Servus communis qua parte dominis acquirat. Et si ex unius pecunia acquirat omnibus, quo ipsi nomine caveatur adversus alios. XXIII.
Quod dominorum aliis non acquiritur, reliquis accrescit. XXIV.
Quominus acquiratur omnibus, impedit aut servi voluntas, aut acquisitæ rei conditio. XXV.
Voluntas servi quando & cui noceat ex dominis. XXVI.
Cui item quæsitæ rei conditio. XXVII.
Quid quærat fructuario servus, & quid domino. XXVIII.
Acquirere ex re fructuarii *aut* operis *quid valeat.* XXIX.
Extra has caussas quæsita quæ. XXX.
Hereditas proprietario quæritur, licet aditio servi intervenerit: factum ab opera quid discrepet. XXXI.

Quan-

I. Si quis sibi acquirere non potest: non dico de iis, quibus plane interdicitur commercium, sed de cæteris, puta quia servus est, vel quia filiusfamilias, & peculium profecticium est, aut adventiciorum ususfructus, vel quia alieno nomine quid accipit: sequens quæstio est, an quod sibi non acquirit, acquirat saltem aliis, puta nobis, ne inutile sit, quod ad acquirendum fecerit. In quo apparet proprie versari illam quæstionem, per quas personas nobis acquiratur, tractatam sub eodem tit. in Institutionibus & codice. Non continuo vero quod quis sibi non acquirit, id acquirit alii. Atque adeo ut plurimum ita fit, ut acquirat nulli: acquirit tamen alii interdum.

II. Quæ personæ nobis acquirant, earum duo sunt genera. Quædam sunt [1] iuri nostro subiectæ: quædam liberæ, & ad ius nostrum nulla ex parte pertinentes. Per quas non similiter res nobis acquiruntur.

III. Quæ iuri nostro subiectæ sunt, per quas conditione personæ nobis acquiratur; earum quatuor numerantur species, de quibus etiam agitur ordine in *Instit. Tit. per quas pers. nob. acq.* & *L. acquiruntur. D. de acq. rer. dom.* filii nostri quos in potestate habemus; servi nostri; servi alieni, in quibus usumfructum habemus; & ii quos bona fide possidemus, sive sint servi nostri, sive homines liberi. Adde & quintam speciem servorum alienorum, in quibus nudum tantum usum habemus.

IV. De filiisfamilias, exemplo cum servis collato, sic breviter & commode definiemus. Quidquid [2] per servum domino non acquiritur; id multo minus patri per filium iisdemque conditionibus acquiri potest. Maior enim potestas est domini in servum, quam patris in filium, alioquin liberum hominem. Quare si maior potestas non parit acquisitionem, sine dubio minor in iisdem caussis non pariet. Tale est, si quid filius stipuletur nominatim alii: si stipuletur sibi, quod in facto eius consistat: si quid legetur ei sub conditione, & pendente conditione efficiatur sui iuris: si quid admittat etiam nomine patris, quod patri invito acquiri non potest: de quibus in servis mox plenius cognoscemus. E converso quoque, quod per servum quæsitum domino acquiritur, id per filium acquiritur patri iisdem conditionibus.

V. Una hic exceptio est, propria in hac acqui-

1) Qui acquirunt propter vinculum potestatis. Propter quod cum unius personæ loco habeamur, id ad me pervenisse recte dicitur, quod per me ad eum pervenit *L. pervenisse* 171. *de V. S.* P. Fab. *ad L.* 51. *de R. I. p.* 241.

2) Esse tamen hanc differentiam vult post Accursium Cuiac. 25. *Obs.* 4. quæ innuatur *L.* 4. *de acq. poss.* Quod servus acquirit, ignoranti domino acquiri, scilicet si nesciat id acquisivisse servum; non vero, si & nesciat suum esse servum: Patri autem acquiri, etsi is ignoret filium in potestate, *d. L.* 4. Ratio differentiæ. Patri acquiritur iure patriæ potestatis solo; non ratione possessionis, quia filius, ut liber homo, non possidetur: Domino vero acquiritur magis ratione possessionis per *L.* 1. §. 6. *de acq. poss.* Non possidet autem qui se habere ignorat. Ita Cuiacius. Quæ a vero longe absunt. Nam nec lege ulla docetur, domino per servum, quem se habere ignoret, non æque acquiri, ut patri, *d. L.* 4. falsumque est domino iure potestatis non acquiri. Contra enim aperte *in L. ult. D. de stip. serv.* Nec minus vox servi vox domini, quam vox filii patris. Et ratione possessionis acquirit *d. L.* 1. §. 6. servus, non domino, sed alii, a quo bona fide possidetur, qua ratione & liber homo; atque ita etiam filiusfamilias illi, cui bona fide servit, acquirit, ut *h. Cap.* Et quod vero domino non acquirit, qui ab alio possidetur bona fide; non fit propter inscientiam domini; idem enim obtinet & si dominus sciat suum esse priusquam iudicio repetit; sed propter bonam fidem possidentis, qua fit ut illi acquirat. Denique etiam servos, quos suos ignorat, dominus possidere potest. Pone: Ordinarius, qui longius abest in provincia, multos comparavit vicarios & mediastinos. Hos, quia in peculio sunt ordinarii *L.* 17. *de pecul.* dominus possidere incipit, vid. *Lib.* 5. *C.* 8. *N.* 3. (itaque ex ratione quoque Cuiacii, per eos acquirit,) & si qui sint homines, nesciat. Quid si pater furiosus, an ei acquiretur? Affirmat argum. *d. L.* 4. *de acq. poss.* vid. pluribus hinc inde disputans Vasqu. 3. *Ill. Contr. C.* 107. *& ult.*

acquisitione filiorumfamilias, quam proinde in horum persona peculiariter spectari oporteat. Ea est, ut, si quid filius sibi quæsitum velit, si etiam est eiusmodi, ut iure ei acquiratur; eadem opera eveniat, ne patri acquiratur, efficiente id regula iuris, quæ dictat, duos eiusdem rei dominos esse non posse. *L. 5. §. ult. D. commod.* Huius generis est, peculium castrense & quasi castrense: tum in adventiciis bonis horum proprietas. Quæ supra ita filio acquiri diximus; ut constet ea fieri propria filiifamilias, nihil ex his ad patrem pertinere. Dixi si filius sibi quid quæsitum velit. Nam si volet quæsitum patri, dum quid aut nomine patris accipit, aut patri nominatim stipulatur: non dubitabimus statuere, & acceptum & stipulationem patri acquiri, quanvis ex caussa peculii castrensis aut quasi castrensis traditum accipiat, aut stipuletur. Ut pluribus ostendi ad *L. stipulatio ista.* 38. *§. alteri.* num. XXV. *D. de verb. oblig.* Adieci, si res acquiratur filio. Nam si non acquiritur, quod sibi accepit filius, id patri acquiretur. Similiter ut acquireretur domino, quod servus sibi esset stipulatus. Hinc est, quod placet, profecticium peculium, quod filio non acquiritur, ad patrem redire, & in adventiciis usumfructum, qui filio ademptus est, ad patrem pertinere. Eadem exceptione in servis ideo non utimur, quia sive servus stipuletur domino, sive sibi, semper domino acquirit: ut qui nihil possit sibi acquirere, qui suum habere nihil potest.

VI. De servis nostris generalis definitio est: quod servus stipulatur, aut ex traditione accipit, aut quavis alia ex caussa acquirit, id domino acquiri. *L. acquiruntur. §. 1. de acquir. rer. dom. §. item vobis. Institut. per quas pers. nob. acquir.* Quod tamen non est perpetuum: idque est, quod item in filiisfamilias servandum esse, atque hinc sumendum supra diximus. Nam neque semper servus acquirit domino, neque res omnes, neque statim. Non semper servus domino acquirit, etiam si res alioqui acquiri possint, & dominus velit sibi acquiri. Acquirit semper alias, quocumque modo stipuletur vel accipiat, puta vel domino, vel sibi, vel conservo, vel impersonaliter, id est, nulla persona expressa, cui quæsitum velit. *§. 1. Inst. de stipulat. serv. L. sive. D. eod.*

VII. Tunc non acquirit, cum aperte hoc animo est, ne domino acquirat: puta, cum nominatim stipulatur alteri, aut alterius nomine quid accipit. *L. 1. §. si ex parte.* vers. *hæc quæ de servis. D. de acq. poss. L. per servum. §. quod unius. D. de acq. rer. dom.*

VIII. Si de rebus quæritur, acquirit servus domino cætera omnia: tres res excipiuntur; factum servi; res sub conditione legata; & in servo hereditario res hereditaria. Factum 3 suum, si stipuletur servus, veluti sibi ire agere licere, per fundum promissoris; ipsa quidem stipulatio domino acquiritur: factum quod personæ servi cohæret ad dominum non transit. Et ideo, si servus prohibetur ire agere, committitur stipulatio: si dominus non committitur. *§. sed cum factum, Instit. de stipul. serv.*

IX. Res sub conditione legata, si manente in potestate servo, conditio extiterit, domino acquiritur: si extiterit, servo manumisso acquiritur manumisso, non domino. Similiter ut re filiosfamilias legata fieri ante diximus. *L. si uxorem. C. de condit. insert. L. quæ legata, D. de regul. iur.* Aliter, atque, si servus aut filiusfamilias quid stipulatus sit sub conditione, cuius stipulatio pura domino aut patri acquireretur. Nam & hic stipulationem conditionalem placet statim domino, & patri acquiri, quantumvis postea conditio, manumisso servo, aut filio emancipato extiterit. *d. L. quæ legata, de regul. iur. L. si filiusfamilias,* 78. *D. de verbor. obligat.* Quam utrumque rationem haberet, ostendi ad *d. L. si filiusfamilias.*

X. Rem hereditariam servus hereditarius heredi domino acquirere non potest: & ut est definitio in *L. per hereditarium*, D. de acquir. rer. dom. *Per hereditarium servum, quod est eiusdem hereditatis, heredi acquiri non potest: & maxime ipsa hereditas.* De rebus quidem ipsis hereditariis nulla dubitatio: quoniam hereditate quæsita heredi (de quo herede hic agitur) hoc ipso quod res sunt hereditariæ, sunt factæ heredis. *L. cum heredes, D. de acquir. poss.* Quod autem alicuius est, id amplius eius fieri non potest: *§. sic itaque. Inst. de act.* ut non magis

3) Ius tamen stipulationis & hic domino acquiritur, factum per servum obeundum. Et perinde habetur, ac si dominus stipulatus sit, sibi per servum ire agere licere; & ad eam servitutem usurpandam servo, ceu instrumento uti. Connan. 2. *Comm.* 3. *n.* 5. Quæ facti sunt non transeunt ad dominum: *L.* 44. *pr. de cond. et dem.* Semper tamen acquiritur domino, sive res iuris sit, sive facti, quia ex facto servi dominus capit emolumentum. Sic ex dicta stipulatione non habet ius eundi dominus, sed ius mittendi servum ut eat, & ex ea stipulatione domino actio datur, non servo. Pac. 1. Q. 18.

magis debuerit dici, has per servum hereditarium heredi acquiri oon posse, quam per alium quemlibet, atque adeo per ipsum heredem.

XI. Sed pertinet etiam definitio ad possessionem rerum hereditariarum; &, ut apparet, ad partem eiusdem hereditatis: de quibus ideo iusta fuit dubitatio, quia fieri potest, ut neutrum eorum adhuc sit heredis. Negant tamen generaliter veteres etiam hæc per servum hereditarium heredi quæri posse. De possessione rerum dicitur in *L. 1. §. veteres. D. de acq. poss.* De hereditate superioribus verbis definitioois comprehensum est. Quod tameo posterius quomodo procedat, merito dubites. Nam si quis iam heres exstitit; hereditas ei quæsita est. Quod si quæsita, stulte quæritur, an ei per servum hereditarium possit acquiri hereditas, quæ amplius omnino ei acquiri non potest. Sed ius & quæstio 4 procedit in hac specie, si proponas extraneum fuisse heredem institutum ex parte, ex altera parte servum defuncti sioe libertate, ut proponitur species in *L. penult. C. de necessar. serv. hered. instit.* Extraneus hic olim si hereditatem adiret: hereditas ei pro qua parte iostitutus est, acquireretur; & simul hic servus, qui erat io hereditate; qui quoniam non poterat acqoiri pro parte, acquireretur heredi, qui solus est, in solidum totus. Neque tamen per eum servum heres poterat acquirere alteram partem hereditatis, nisi iuberet cum adire. *L. si solus. §. ult. D. de acquir. hered.* Faciamus igitur heredem iubere, ut servus adeat, servum eius iussu adiise. Quidni dicamus eam partem per eum servum heredi acquiri, ut solent per servos nostros res cæteræ? Hic vero cernitur usus superioris constitutionis, quæ docet ne sic quidem acquiri posse, quia servus esset hereditarius, per quem eiusdem hereditatis pars heredi acquireretur. Itaque oportebat aut eum servum manumitti, ut sibi acquireret hereditatem, aot alienari, ut acquireret novo domino iubenti. Quo tempore non abs re quæreretur, quid impediret eiusmodi acquisitionem, cum coostet per eum servum hereditarium acquiri posse heredi res omnes alias. Cur enim non etiam possit eadem hereditas, a qua factus est hereditarius? idemque & de possessione licet nunc quærere, quam negamos in rebus hereditariis per servum qui sit eiusdem hereditatis, posse acquiri. Et probabilis ratio hæc est, quod & servus hereditarius, & eæteræ res hereditariæ, quæ sint ex eadem hereditate, quodammodo eiusdem universitatis, ac velut corporis partes sunt. Absurdum autem videri potest, unam partem posse domino acquirere aliam, ut una scilicet fungatur vice agentis, altera patientis, id est una, vice acquirentis, altera quæsitæ; cum omnes in hoc velut corpore eadem cooditione esse oporteat.

XII. Hodie in parte hereditatis servo defuncti delata, cur hæc in specie superiore non possit acquiri heredi, laborare non oportet: quoniam ex constitutione Iustiniani is servus ex ipsa institutione liber est. *d. L. pen. C. de necessar. serv. her. inst.* Ut proinde sibi acquirat hereditatem: non possit autem acquirere heredi, cuius servus non est.

XIII. Si quæritur de tempore acquirendi: placet servum, quod acquirit, statim domino acquirere, & quidem invito, ac non tantum ignoranti. *L. etiam invitis, D. de acq. rer. dom. L. servus vetante, D. de verb. oblig.* Et quod traditur regula iuris: *invito beneficium non dari*,

4) Ita & Cuiac. 24. *Obs.* 2n. hoc intelligit de servo, uon iacentis hereditatis, sed qui iam ad heredem pervenit, per *L. 38. §. ult. de acq. poss.* & ne incongrua sit collatio hereditarii cum legato, vel empto, in *d. L. 1. §. 16.* qui pervenerat ad legatarium, emptorem. Contra & rectius Gis. *ad d. L.* 18. Goth. *ad d. L. §. 16. in not.* quia hereditas acquisita denuo acquiri nequit. Neque hunc obicem removet species Donelli. Nam quomodo, parte hereditatis tantum Titio quæsita, servus hereditarius totus illi obvenit. Nec vera est ratio quod pro parte is acquiri nequeat, nam immo potest, sed pro indivisa, cuiusmodi partes semper habet in singulis rebus hereditariis, qui non ex asse heres. Quomodo autem si totus Titio quæsitus servus vocatur hereditarius, si iam heredis Titii effectus in eius eausstit patrimonio. Quid? Nonne uno herede existente (ut in dicta specie, quia servus inutiliter scriptus pro non scripto est) licet ex parte assis is scriptus sit, & adeat: totam is hereditatem iure accrescendi consequitur? *supra Lib. 7. C. 12. N. 2.* Atque ita nec in illa specie quæstioni locus. Neque tamen probanda ideo species Gifanii: Titius instituit Mævium. Mævius apertis mandat Sticho servo hereditario, ut hereditatem adeat, ac sibi acquirat. Quæritur an possit. Neg. Ratio quia ante aditionem Mævii non est servus hereditatis. Male, quia cum hereditas per alium adiri nequeat *L. 90. de acq. her.* neque hic quæstioni, aut dubio specialis locus. Quid quod illo ipso facto, mandando scilicet Titius ipse pro herede gessit, hereditatem acquisivit, vid. *Lib. 7. C. 9. N. 5.* ut & in hac specie quæstioni obsistat ratio rei unius non pluries acquirendæ. Quid igitur? Nove puto casum talem fingendum, quo servus & mansit hereditarius, & ipse heres institutus; is hic erit: Stichus servus bona fide possessus a Mævio, cum proprietatis iure ad Seium spectaret, a domino nesciente tus suum in servo instituitur contemplatione Mævii, id est non alia intentione ac fine; quam ut ad Mævium, cui hereditatem quæsitam volebat testator, quemque dominum Stichi esse falso putabat, hereditas perveniret. Post obitum testatoris Seii compertum sit Stichum ad hereditatem pertinere. Quæstio hic ac elegans dubium an Stichus iussu Mævii cui bona fide servierat adeundo illi hereditatem domini sui acquirat. Quod videri posset tum, quia constet de voluntate testatoris, tum quia aliam hereditatem contemplatione possessoris sibi relictam Stichus bona fide possessori acquireret. Ut hoc *Cap. infra.* Contra tamen placuit, cum res non ferat ut idem sit acquirens & acquisitum. Simul enim cum cæteris rebus & se acquireret Mævio.

dari, non acquiri: L. invito, *D. de reg. iur. L. hoc iure, §. non poteſt. D. de donat.* ſuperiori ſententiæ non adverſatur. Acquiritur enim primum volenti ſervo, quatenus naturaliter acquiri poteſt. Quæſitum per conſequentiam neceſſario ad dominum tranſit, quoniam quæſitum ſubiicitur ei poteſtati, in qua eſt ſervus: ea autem poteſtas eſt domini. Ratio reddita in *L. ult. D. de ſtipul. ſerv.* Principaliter ac primo invitis nobis nihil acquiritur: per conſequentiam infinita. Fundus nobis non acquiritur invitis: acquiſito ſi quid per alluvionem accedat, invitis acquiritur, quia factum eſt eius fundi, qui noſter eſt. *L. adeo. §. 1. & ſeq. D. de acq. rer. dom.* Area invitis non acquiritur: areæ quæſitæ ſi imponatur ſuperficies, ea velimus nolimus, noſtra fit, quia ſoli conditionem ſequitur. *L. 1. D. de ſuperf.* Et ſexcenta alia.

XIV. Sed ne hoc quidem uſquequaque verum eſt, etiam invitis nobis per ſervos noſtros acquiri. Ideo in *d. L. etiam invitis, de acq. rer. dom.* additur *pene ex omnibus cauſſis:* ut intelligamus non accidere id in omnibus. Duæ autem res excipiuntur, poſſeſſio, & hereditas ſervo delata. De poſſeſſione ita traditur, non ſolum proprietatem per eos, quos in poteſtate habemus, nobis acquiri, ſed etiam poſſeſſionem. *d. L. acquiruntur. §. non ſolum. de acq. rer. dom. d. §. item vobis. Inſt. per quas perſ. nob. acq.* Recte utrumque; ſed ſuis conditionibus. Proprietas acquiritur etiam invitis: poſſeſſio non niſi volentibus, eoque nec proprietas, ſi ex poſſeſſione naſcitur dominium, ut fit in iis, quæ occupatione, aut traditione acquiruntur. *L. 1. in pr. D. de acq. poſſ. L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom.*

XV. Si quid ſervus ex cauſſa peculiari tenet, nobis poſſeſſio acquiritur ignorantibus quidem: attamen non niſi volentibus, quaſi voluntate noſtra intelligatur poſſidere, qui ei peculium habere permiſerimus. *L. 1. §. item acquirimus. D. de acq. poſſeſ.* Extra cauſſam peculiarem ſi quærat aliquid; non acquiritur nobis poſſeſſio, niſi ſcientibus. *L. peregre. §. 1. D. eod.* Id facit conditio poſſeſſionis. Hæc non acquiritur niſi animo & corpore. *L. 3. in princ. D. eod.* Sed corpore ita, ut poſſit acquiri tum noſtro, tum alieno, cuius miniſterio in hac re utimur: *d. L. peregre. §. 1.* at animo non niſi noſtro, quia velle non poſſumus alieno. De quo plura ſcripſimus, ut in loco ſupra. Lib. V. Cap. VIII. Hinc eſt, quod Iabolenus ſcribit *in L. quod ſervus, D. de acquir. poſſeſ.* quod plane huc pertinet, quod ſervus vi poſſidet, id dominum non poſſidere: omninoque eum, qui in noſtra poteſtate eſt, ignorantibus nobis non corporalem poſſeſſionem, ſed iuſtam poſſe acquirere. Addit rationem ex ſuperiore iure petitam, quod per ſervum domino ignoranti ſolum acquiratur, quod in peculio ſervi eſt. Quod vero ex maleficiis apprehenditur, id non ſit in peculio.

XVI. Hereditas defertur ſervo, ſive ipſe heres inſtitutus eſt, qua ex re etiam defertur ei bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas; ſive rogatus eſt heres ei hereditatem reſtituere. Quidquid horum inciderit, hereditas per ſervum domino invito aut ignoranti acquiri non poteſt, ſive adeat hereditatem ſervus; ſive bonorum poſſeſſionem petat; ſive reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem ſuſcipiat. *L. 6. in princ. D. de acquir. hered. L. ſervo. 65. in princ. D. ad Trebel.* Quippe inquit Ulpianus in *d. L. 6.* non poteſt invitum hereditati obligare eum, in cuius eſt poteſtate, ne is æri alieno obligetur. At hoc futurum eſt, ſi hereditas invito aut ignoranti acquiritur, hæc enim obligat nos æri alieno. *L. more. D. de acq. her.* Ratio exceptionis ſumpta ex regula naturæ, quæ dictat neminem poſſe alterius conditionem deteriorem facere. *L. ſolvendo, D. de neg. geſt.*

XVII. Sed nec ſtatim ſuſcepta a ſervo hereditas volenti domino acquiritur. Alias enim voluntas acquiſitionem præcedere debet: alias eam ſequi ſufficit. Adituro hereditatem ſervo iuſſum domini præcedere oportet: iuſſu non præcedente dominus aditionem ſervi ratam habere non poteſt. At in bonorum poſſeſſionis petitione, & ſuſceptione hereditatis fideicommiſſariæ, cum hæc in perſona ſervi intervenerint, poteſt ratihabitio domini ſubſequi, quæ confirmet ei acquiſitionem. *d. L. 6. in pr. L. ſi quis mihi. §. iuſſum. de acquir. hered. d. L. ſervo. in princ. ad Trebell.*

XVIII. Cur hæc tam varie? Dixi ſupra Lib. VII. Cap. VI. quod nihil obcrit hoc loco planius repetere; eo fieri ſcilicet, quia quod non præceſſit, ratum haberi non poteſt: ſi quid præceſſit, poteſt. Aditio ſervi, quæ domini iuſſum non habet, plane non eſt aditio. Hæc enim non tantum facti eſt, ſed etiam iuris. Facti quidem eſt, ut ſervus velit hereditatem adire: ſed & iuris maxime, quia adire eſt ita adire, ut ſimul hereditatem ſuſci-

suscipias. Id quod verbum adeundi indicat. Est enim adire, quasi venire in hereditatem, ac sic ad eam accedere, ut eam acquiras. Servus vero iniussu domini hereditatem suscipere, & isto modo adire non potest. Quare quæ facto etiam ipso nulla est aditio, ea a domino rata haberi non potest. At adire magistratum, & ab eo petere bonorum possessionem nomine domini sui, item suscipere restitutam hereditatem, seu consentire animo in restitutionem, omnia sunt eiusmodi, quæ natura dici possint facta esse, & verum sit esse facta, & si forte hereditatem non acquirant. Non ergo mirum, si quæ vere præcesserunt, possint rata haberi.

XIX. Sed sive invito domino, sive tantum volenti per servum res acquiri potest: semper ius facit, ut quod per servum acquiritur, debeat domino acquiri. Ex huius enim solius persona servus & stipulandi & acquirendi ius habet. *Inst. de stipulat. serv. in pr.* Ex huius persona & testamenti factio, & generaliter iuris civilis communio, quæ ad acquirendum spectet, cum servis admissa est. *L. non minus. D. de hered. inst.* Nam alioqui ex sua servi pro nullis habentur iure civili, ut ante dixi. *d. L. quod attinet. D. de regul. iur.* Quocirca si servus dominum non habet, per eum nihil omnino acquiri potest, non domino, quem non habet: non ipsi, qui iure nullus est.

XX. Sunt autem servi, qui dominos non habent. Hi sunt servi damnati in metallum, vel opus metalli, aut ut olim apud Romanos, damnati ad bestias. Hi enim damnatione efficiuntur servi pœnæ, nec præter pœnam alios dominos habent, ne fiscum quidem, aut principem. Unde & servi pœnæ dicuntur. *§. pœnæ. Inst. quib. mod. ius patr. pot. solv. L. quidam sunt. D. de pœn.* In eadem caussa sunt libertini eodem modo damnati. Non item ingenui. Nam ingenuos ullos damnatione servos fieri vetat Iustiniani constitutio, ut suo loco diximus. *Novel. de nupt. §. quod autem. & §. si vero.* De hoc genere ergo ita traditum est, si quod in metallum dato, vel in opus metalli extra caussam alimentorum relictum sit, pro non scripto esse; nec ad fiscum pertinere: quasi nec Cæsaris servo datum, sed pœnæ. *L. 3. D. de his quæ pro non script. hab. d. L. sunt quidam. D. de pœn.*

XXI. Hinc quæsitum de servis hereditariis, id est, iis, qui sunt in hereditate nondum adita: si quid hi stipulentur, aut per traditionem accipiant, an constat factum, & an ulli res acquiratur. Nam hi natura dominum non habent, ex cuius persona consistat, quod geritur. Non defunctum, qui morte esse desiit: non heredem, qui adhuc nullus est: non hereditatem, quæ non est persona. Ius autem non patitur quidquam a servo aut cum servo gestum valere, nisi ex domini persona, ut modo dixi. Sed generaliter placuit cum servis hereditariis omnia recte geri, quæ fierent si dominus eorum viveret: similiter & per eos omnia recte acquiri, quæ vivente domino acquirerentur. Neque ideo mutari ius certum, quod ad vim eorum, quæ fiunt, & ad acquisitionem dominus servorum exigit. Hereditatem enim nondum aditam iure civili pro domina haberi, & sustinere personam defuncti, ut ex huius persona omnia vires assumant. *L. non minus. §. 1. D. de her. inst. §. servus etiam. Inst. eod. L. in eo. §. ult. L. hereditas. seq. D. de acq. rer. dom.* Hoc tamen receptum cum hac exceptione, nisi si quid sit, quod ut cuiquam acquiratur, factum domini, aut operam desideret. Hæc enim cum in hereditatem rem inanimatam non cadant, rerum natura repugnat, quominus, quæ in ea caussa sunt, hereditati quæri per servum possint. *d. L. hereditas. 2.* Huius generis tria sunt; hereditas, usufructus, possessio.

XXII. Cum servis hereditariis, ut ante dixi, testamenti factio est, ut sive instituatur heres servus hereditarius, sive iubeatur ei restitui hereditas, consistat & institutio & fideicommissum. *d. L. non minus. §. 1. de hered. instit.* Sed hereditas ita ei delata per eum acquiri non potest: quia ad acquirendam hereditatem præcedere debet iubentis domini aut ratum habentis voluntas: hereditas autem iubere, aut ratum habere non potest. Hoc in *d. L. hereditas. 2.* De usufructu ibidem ita traditur, usumfructum, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiri. Id sic explicatur in *L. 1. in pr. & §. 1. D. quand. dies ususfr. leg. ced.* Usumfructum ex fruendo consistere, id est, facto aliquo eius, qui fruitur & utitur. Ideo tunc eum constitui, cum quis iam frui potest. Hac ratione placet, si servo hereditario ususfructus legetur, quanvis cætera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini debere expectari, qui uti & frui possit. Possessionem iam ante dixi dominis per servos extra caussam peculiarem non acquiri, nisi scientibus & volentibus. *d. L. peregre. §. 1. de acq. pos.*

poſ. Porro hereditas non magis velle poteſt, quam poteſt ſuperiora.

XXIII. Et ſunt hæc eiuſmodi, quæ omnem acquiſitionem contineant eorum, quæ per ſervos dominis quæri poſſint, si quidem ſervi unum dominum habeant. Quod, si ſervus sit communis plurium dominorum, hic naſcitur nova quæſtio duplex. Una de perſonis acquirentium: altera de rei quæſitæ partibus: illic quidem utrum quod quæritur per ſervum communem, acquiratur ſemper omnibus dominis: hic autem, si quæritur, pluribus, quatenus acquiratur; utrumne ex æquis & virilibus portionibus; an vero pro dominicis. Et si quod ſervus acquirit, ideo acquiritur uni domino, quia is dominus eſt: neceſſe eſt, ut quod per ſervum communem quæſitum erit, id acquiratur [5] omnibus dominis, quia omnes domini ſunt; & acquiratur, quatenus ſunt domini, id eſt, non ex æquis partibus, ſed pro his, quibus dominium in ſervo habent. Quod & placuit. *L. communis. D. de acq. rer. dom. L. 5. D. de ſtipulat. ſerv.* Uſque adeo, ut quanvis ſervus communis acquiſierit quid ex re alterius dominorum, puta rem emerit ex pecunia eius; tamen id commune efficiatur, ut eſt in *d. L. communis.* quod tamen ibidem ita temperatur, ut is ex cuius re acquiſitum fuerit, poſſit communi dividundo iudicio præcipere eam ſummam, quæ illi eo nomine abeſt.

XXIV. Et quod de partibus dominicis dicitur, perpetuum eſt, ac neceſſe ita ſtatui, cum si quid dominis acquiritur, id ut dominis, & qua domini ſunt, acquiratur. At non item ſemper, quod ſervus communis acquirit, id omnibus dominis acquiritur. Sunt, quibus acquiri non poteſt. His vero non acquiritur; cæteris acquiritur ſolidum.

XXV. Quominus autem acquiri poſſit uni alicui ex dominis, aut voluntas ſervi facit, aut res de qua acquirenda agitur.

XXVI. Voluntas ſervi, ſi quibus is quæſitum nolit. Ut enim ſi ſervus unius domini ſtipuletur alteri, quam domino, aut traditum accipiat alterius nomine, quam domini, domino non acquirit, ut ſupra diximus: *L. per ſervum, §. quod unius, de acq. rer. dom. L. 1. §. hæc quæ de ſervis. de acquir. poſſ.* ita neceſſe eſt, etſi ſervus communis plurium erga quoſdam ex dominis ita affectus ſit, his non acquiri. Hinc receptum, ut ſi ſervus nominatim alicui ex dominis ſtipuletur, vel traditum accipiat, ſoli item ei acquirat, *L. 5. de ſtipulat. ſerv. §. ult. Inſtit. eod.* ſcilicet quia unius nomine rem gerendo aperte id agit, ne acquirat cæteris. Inde idem admiſſum, etſi non nominatim domino ſtipuletur, aut rem accipiat: ſed iuſſu unius dominorum. Ibidem quippe *iuſſus* pro nomine accipitur: id eſt ſic accipitur, quaſi ſervus illi tantum nominatim ſtipulatus eſſet, a quo iuſſus eſt. *L. ſi ſervo, 31. §. ſi duos,* verſ. *idemque. D. de uſufr.*

XXVII. Res quæſita domino obſtat, quominus ei acquiratur, ſi ſit res eius, quam aut ſtipulatur ſervus communis, aut per traditionem ab eo accipiat. Rem unius ex dominis ſervus ſtipulando, inutiliter ei ſtipulatur, quia rem ſuam nemo ſtipulari poteſt, eoque nec ſervus domino. *L. ſcire, §. ult. D. de verb. oblig. §. 1. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Ideo quod huic acquiri non poteſt, ſolidum alteri acquiritur. *d. §. ult. in fin. de ſtipul. ſerv.* Similiter etſi unus ex dominis ſervo communi pecuniam donet, non ut in peculio ſervi ſit; ſed quomodo alienis ſervis donare ſolemus: donatio eiuſmodi eſt, ut cæteris ſociis, qui rei domini non ſunt, acquiri poſſit: donanti autem, cuius res eſt, non poſſit acquiri, quia quod alicuius eſt, id eius amplius fieri non poteſt. *§. ſic itaque, Inſt. de act.* Ideo placet pecuniam fieri reliquorum ſociorum communem, ut quod donanti acquiri non poteſt, id [6] cæteris ſolidum acquiratur. *L. per ſervum, §. 1. L. qui bona, in fin. D. de acq. rer. dom.* Cui conveniens eſt, quod traditur in *L. ſi duo. D. eod.* Ut ſi duo domini ſervo communi rem tradiderint, acquiratur alteri ab altero. Rem tradiderint; ſic accipe, ſinguli rem ſuam, ut transferrent: quo caſu datum ab uno acquiretur alteri; & vice mutua quod hic alter dederit, cedet ſoli alteri.

XXVIII. De ſervis, in quibus uſusfructus alienus eſt, ita ſcriptum eſt in *L. acqui-*

5) Vid. hac de re Ioan. Copus *Lib. 3. de Fru&ib. Tit. 3. C. 2.* Pac. 6. Q. 91. & 7. Q. 38.

6) Immo pro portione, quam in ſervo habebunt, ut ſunt verba *d. §. 1.* Quare et, qui donavit, pars rurſus obveniet, Giſan. *d. L. 27. §. 1. n. 5. & 6.* ſcribens ita obtinere in donatione *d. §. 1.* & ſtipulatione *L. 7. §. 1.* ibi *præter eam partem*, de ſtip. ſerv. ut & ipſi domino a quo accepit, vel ſtipulatus eſt ſervus, partem acquirat. Ratio dubitandi quia is noluit rem habere, nec etiam partem illius quod donando promittendove teſtatus eſt. Ratio decidendi, quia hæc acquiſitio fit quoque invito. Aliud in legato *L. 49.* ibi, *communi autem ſervo* ad *L.* Falc. Ratio differentiæ. Legata poſt mortem demum cedunt, quo tempore alteri ſocio leganti acquiri nequit. Quomodo & Marq. Freh. 2. *Parerg.* 15. verum ex ea ratione, quia unus ex dominis alteri ſocio legatum per communem ſervum deſtinans, ſervum non pro ſuo, ſed pro alieno habeat. Sed prior ratio firmior.

quiruntur. §. *de iis*. *de acq. rer. dom.* & §. *de iis*. *Inst. per quas pers.* placere, ut quidquid *ex re fructuarii*, vel *ex operis suis* acquirunt, id fructuario adiiciatur. Quod vero *extra eas caussas* consecuti sunt, id ad dominum proprietatis, (id est, ad proprietarium. *L. quod fructuarius*. *D. de acq. rer. dom.*) pertineat.

XXIX. Quid sit ususfructus, quis fructuarius, quis proprietarius, dicetur postea suo loco in iure rerum privatarum. *Ex re fructuarii* est, quod propter rem fructuarii consecutus est servus, ut haberet, aut quod sine re fructuarii habiturus non esset, veluti, si quid emat ex re fructuarii. Et ideo cum servus fructuarius rem emit, & ei tradita est prius, quam pretium solvat, in pendenti est, cui acquirat: pecunia autem soluta id declarabit, quæ si fructuarii erit, res fructuario acquiretur; si proprietarii, proprietario. *L. servus*. §. *ult. D. de acquir. rer. domin.* *Ex operis servi est*, quod opera alii præstita ob hanc solam paravit, mercedem scilicet operæ consecutus. Ut, si servus pictor præstet alicui operas pictorias, faber operas fabriles. Harum operarum merces est id, quod dicimus parari ex eius operis.

XXX. Extra *has caussas* habentur, quæ aut ex re pecuniave alterius servus consecutus est, puta ex peculio quod a proprietario habet; aut sine re cuiusquam ex aliena liberalitate proficiscitur, ut si quid servo donatum, legatumve sit, si servus sit heres institutus. Idcirco placet nihil horum per servum fructuarium fructuario acquiri, sed omne proprietario. *d.* §. *de iis*. *Inst. per quas pers. d. L. acquiruntur*. §. *de his*. *de acquir. rer. dom.*

XXXI. De hereditate a quibusdam olim dubitatum est, eo quod in aditione servi factum eius aliquod interveniret. *L. liber*, *D. de acquir. rer. dom.* Sed obtinuit nec hereditatem fructuarium servum fructuario acquirere posse. *L. fructuario*. *L. acquiruntur*. §. *de his*. *de acquir. rer. domin.* *L. si quis mihi in princip. D. de acq. hered.* Nec quidquam ad rem pertinet, quod in acquirenda hereditate aditio servi intervenit; ac sine ea non potest acquiri hereditas ne domino quidem, cum possit servus etiam iubente domino nolle adire. *L.* 3. *C. de hered. instit.* Nam & illud obtinuit aditionem non esse in opera servili. *L. aditio*, *D. de acquir. hered. d. L. fructuario. de acquir rer. dom.* Et recte. Factum enim servi intervenit in aditione servi, quod constat. Sed aliud est factum, aliud opera. Factum sine labore esse potest. Opera autem est labor: certe nulla opera sine labore. Quod illa declarant, cum dicimus rem multæ operæ, idest, multi laboris: facere aliquid debita opera, quod valet, adhibita diligentia & studio. Hic labor nullus est in aditione servi, quia aditio sine ullo labore uno etiam verbo transigi potest, ut dicat servus se hereditatem adire, seu se velle heredem esse. §. *ult. Instit. de her. qualit. & differ.*

XXXII. Sed utraque pars superioris definitionis cautione indiget. Primum illud non est perpetuum, fructuario acquiri, quod ex re eius servus acquirit. Non acquiritur ei, si quid servus stipuletur, aut accipiat nominatim proprietario, aut si proprietarii iussu, quanvis quæsitum ex re fructuarii *L. adhuc interesse* 30. §. *denique L. sed etsi*, 25. §. *quæstionis*, Merito. Nam nec servus proprius acquireret domino suo, quod alterius nomine quæsitum voluit, *L. per servum*, §. *quod unius, de acq. rer. dom.* Hac ratione si fructuarius quid donet ex re sua servo fructuario, id proprietario acquiretur, dum ita donet, ut extraneis solemus. Sic enim non vult quæsitum sibi. *L. quod fructuarius*, *argum. in L. per servum*, §. 1. *de acq. rer. dom.*

XXXIII. Quod autem dicimus neque legatum, neque donatum, neque hereditatem per fructuarium servum fructuario acquiri, sic intelligendum est: si non donatum relictumve sit contemplatione fructuarii, idest, ita, ut velit donator, testatorve datum ad fructuarium pertinere. Quod huius contemplatione datum, relictum est: placet ei per servum fructuarium acquiri, & quidem hereditatem ipsam, *L. si servus*, & *L. seq. D. de usufr.* Non quod hic quidquam excipiatur de præcedente definitione: sed potius quod hic in ea obscurum est, explicatur, doceturque quod ita datum est, extra duas illas caussas superiores non acquiri. Et res ita habet. Non acquiritur id, quod contemplatione fructuarii datum est, ex opera servi: at intelligitur acquiri ex re fructuarii, postquam qui donavit, aut reliquit, rem fructuario quæsitam voluit. Ut merito ex regula ipsa superiore debeat ad eum redire. *L. aditio. in fin. D. de acq. her.*

XXXIV. Neque huic sententiæ contrarii sunt ii loci, quibus generaliter traditur, hereditatem fructuario acquiri non posse. *L. fructuario, de acq. rer. dom. L. si quis mihi, in pr. D. de acq. her.* Satis est enim alibi exstare illam sive interpretationem, sive quis mavult, exceptio-

ptionem, nisi servus sit heres institutus contemplatione fructarii, ut videatur exceptio in illis ipsis locis generalibus inesse. Certe hac ratione inerit, quod placet, *in toto iure generi per speciem derogari*. L. in toto iure, *D. de reg. iur.* sic enim fit, ut exceptio de specie generali definitione alibi positæ hanc partem detraxerit, ut reliquum solum in definitione maneat.

XXXV. Interdum quæritur, quod ex re fructuarii quæsitum esse constat; quatenus ei acquiratur. Quod acceidit in hac specie, cum duo sunt fructuarii, & ex alterius re servus est stipulatus, aut quid emit, & traditum ex ea caussa accepit. Quæritur enim, *utrum totum, an pro parte, qua habet usumfructum, ei quæratur*. Quibus verbis ponitur hæc quæstio in *L. si servo* 31. *§. si duos, D. de usufr.* Atque hinc ambigendi caussa. Nam si servus communis duorum dominorum ex re alterius ius acquisierit: nihilominus utrique acquirit, ut sit id amborum commune. *L. communis, D. de acq. rer. dom.* Multo igitur magis dicendum videtur, si servus communis duorum fructuariorum ex re unius quid acquirat, ne hoc quidem ei, cuius ex re est, solidum acquiri debere, sed partem dumtaxat: atque hinc evenire, ut reliqua pars, quæ alteri fructuario, cuius ex re non quæritur, acquiri non potest, acquiratur proprietario, quia quidquid per servum fructuarium quæsitum non acquiritur fructuario, placet proprietario acquiri. *L. acquiruntur, §. de his, L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.*

XXXVI. Et refert Ulpianus in *d. L. si servo.* 31. *§. si duos. D. de usufr.* Scævolam scribere, vulgo creditum, rationemque (puta superiorem) hoc facere, ut in proposito pars dumtaxat fructuario quæratur, pars domino. Contrarium idem Ulpianus scribit & quidem de sententia eiusdem Scævolæ in *L. qui bona. §. ult. D. de acq. rer. dom.* solidum nimirum acquiri fructuario, cuius ex re servus acquisierit. Loquitur quidem Scævola de eo servo, aut libero homine, qui bona fide serviat; sed quod in eo, qui bona fide possidetur, iuris est: idem esse constat & in servo fructuario. *d. L. acquiruntur. §. idem iuris. L. quod fructuarius. D. de acq. rer. dom.* Et essent hæc contraria, nisi Ulpianus in *d. L. qui bona, in fin. eod.* aperte ostenderet duas in hac specie fuisse partes sententiæ Scævolæ, quarum in priore posuerit priorem illam sententiam, quam scribit vulgo creditum veram esse: in posteriore scribat sibi id non probari, sed magis illud, ut quod ex re unius ex fructuariis acquisitum est: id solidum ei acquiratur. Idque est, quod Ulpianus ait, prius quidem initio [7] scripsisse & retulisse Scævolam: sed in inferioribus posterius istud probare. Ergo prior pars huius sententiæ refertur ab Ulpiano in *d. L. si servo. §. si duos D. de usufr.* Verum ut sciamus referri tantum ab eo, neque aut ipsi probari, aut Scævolæ: ipse in *d. L. qui bona. §. ultim.* plenam sententiam Scævolæ refert, in qua nominatim ostendit Scævolæ tandem in extremo aliud placuisse, quod & ipsum Ulpianus sequitur. Idque argumento ipsius servi communis duorum dominorum, quo videbantur alii moveri. Nam & illud receptum est, inquit, ut quoties communis servus omnibus acquirere non potest: soli ei acquirat, cui potest. Partem ergo singulis, si potest acquirere singulis; si non potest; tum solidum ei acquirat, cui potest. Quod & in duobus bonæ fidei possessoribus, & in duobus fructuariis, quorum unius ex re quid quæsitum sit, recipiendum est.

XXXVII. De iis, quos bona fide possidemus, idem ius, quod de fructuariis. Estque hæc definitio: ut qui bona fide alicui servit, sive servus [8] alienus est, sive homo liber, quidquid ex re eius cui servit, acquirit; quidquid item ex operis suis, id ei cui servit, & a quo bona fide possidetur, acquirat. *d. L. acquiruntur. §. idem placet. L. liber. in princ. D. de*

7) Huiusmodi περιφόρητον, ut nec alibi unquam ita & hic mihi fixam sedem non præstat, (fertilissimus verbis Contii 2. *Subsec. Lect.* 3. antinomiarum posthac dissolvendarum campus, si modo Iustiniani maiestatem non minueret) *d. L.* 25. *§. 6.* vim legis non habere, sed nudam relationem veteris Scævolæ, ipsi auctori postea reprobatæ, opinionis. Nec ideo cum Cuiac. 4. *Obs.* 1. *in d. L.* 23. *§. ult.* pro *in solidum* repono *partem*, quem refellit *L.* 19. *de stip. serv.* ut recte Gifan. *ad L.* 23. *n.* 18. cum quo tamen Accursium sequuto, dicere nolim acquiri, in *d. §.* 6. partem domino, sed sine effecto, cum restituenda sit possessori condictione sine caussa. Quod nullatenus ferendum, tum ne inanis sit decisio, tum quia nec sic pugna dirimitur, cum acquisitio dominii & obligationis utique differant. Potius discrimen inter fructuarium *d. L.* 25. *§. 6.* & possessorem *d. L.* 23. *§. ult.* agnosco, plenius huic ius tribuens arg. *L.* 25. *§. 1. de Usur.* vel ideo quod illic adsit, cui pars altera acquiri potest, videlicet proprietarius: hic autem desit, cum, si pars tantum possessori pro parte tribueretur: altera nec pervenire possit ad possessionis socium, quia non ex re illius acquisivit; nec ad dominum, qui ignoratur, quia regula est: quicquid ex re bonæ fidei possessoris servus alienus quæsivit, domino non acquiri. Nec obst. *d. L.* 10. *§. 4.* Nam loquitur de fructuario uno, itemque uno bonæ fidei possessore, non pluribus.

8) Etiam furtivi *L. etiam* 39. *de acq. dom.* quia quod usucapi nequeunt, obstat vitium rei. Ad acquisitionem autem sufficit, si persona possessoris vitio careat, Gifan *in d. L.* 39. Non tamen pignorati *L.* 37. *pr. d. t.* quia possidentur pro alienis.

D. de acquir. rer. dom. Sed quatenus possessor bona fide possidebit, & quandiu ita possidebit. Si cœperit scire, eum, qui bona fide servit, alienum esse, aut liberum; continuo per eum acquirere posse desinet *d. L. qui bona. in fin. princ. L. quæsitum. D. de acq. rer. dom.* Sed & hic in duobus bonæ fidei possessoribus idem servatur, quod modo dixi in duobus fructuariis, ut si quis duobus bona fide serviat: utrique acquirat, sed singulis ex re sua; & quod ex re unius quæsierit, solidum ei acquirat. *d. L. qui bona. §. ult. de acq. rer. dom.* Quod extra istas caussas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est; vel ad dominum, si servus est. *d. L. acquiruntur. §. idem. L. quod fructuarius. D. eod. d. §. idem, Inst. per quas person.* In hac caussa esse maxime hereditatem, donatum, legatumve. *d. L. liber. L. homo. in princ.* Sed & hoc in eius persona, qui bona fide servit, eadem conditione recipiendum, nisi quid donatum, relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris. Sic enim videbitur datum ex re bonæ fidei possessoris proficisci. Qua de caussa etiam placet hereditatem hoc casu ei acquiri. *d. L. aditio. in fin. D. de acq. her.*

XXXVIII. Quod ipsum rursum ex *L. liber homo, de acquir. rer. dom.* ita temperandum est, si liber homo conditionis suæ ignarus hereditatem iussu possessoris adeat. Quod si sciens conditionem suam adierit: ipse fiet heres, quanvis fuerit gratia possessoris institutus. Id autem ex eo loco ita sumitur. Observandum est ibi referri primo sententiam sive Lucii, sive Aristonis existimantis, verius esse, per eum, qui bona fide mihi serviat, hereditatem mihi non acquiri; & adiicitur, *etiam si testator ad me voluisset pertinere.* Quod si affirmanter diceretur, neque mutaretur postea: non temperaret superiorem sententiam, sed aperte ei adversaretur, eoque & *L. aditio, in fin. D. de acquir. her.* Sed mutatur postea. Subiicitur enim ad extremum sententia Labeonis, quæ sic accipienda est: ut ad priores omnes sententias, quæ ibi a Pomponio commemorantur, vel reprehendendas, vel interpretandas referatur, id est non tantum ad proximam sententiam Trebatii, sed etiam ad priorem illam, quam dixi, sive est Lucilii, sive Aristonis. Sic ergo Labeonis sententia subiicitur: *Labeo contra* si liber homo *ex necessitate* adiisset. *Quod si ita, ut & ipse vellet, ipsum fieri heredem.* Adit *ex necessitate,* qui conditionis suæ ignarus putavit se servum esse, & necessitate potestatis cogi, ut adiret. *L. atqui natura, §. 1. D. de neg. gest.* Vult contra sponte sua id facere, qui conditionem suam sciens sponte adit, ut hoc sic explicatur in *L. homo, in princ. de acq. rer. dom.* Ergo his verbis, *Labeo contra, si ex necessitate adiisset,* utriusque præcedentis sententiæ reprehensionem contineri intelligo; & hoc dici, neque liberum hominem *ex necessitate* adeuntem heredem fieri, ut Trebatius proxime dicebatur sensisse: & hereditatem possessori iubenti acquiri per eum, si testator ad possessorem pertinere voluerit, quod Aristo vel Lucilius negabat. Eamque sententiam loci esse, ex eo existimari potest, quod constat ex aliis locis fuisse hanc sententiam Labeonis: ut putaret, si relictum quid esset gratia fructuarii, aut bonæ fidei possessoris, sive legatum, sive hereditas; id his acquiri. In persona fructuarii id a Labeone scriptum esse refertur in *d. L. si servi, de usufr.* Non dubium, quin de bonæ fidei possessore, cuius eadem ratio est in hac acquisitione, idem scripserit, aut probaverit. Et hactenus congruit sententia Labeonis, itemque *d. L. liber, cum L. aditio, in fin. D. de acq. her.*

XXXIX. Illud proprium statuitur in libero homine, qui nobis bona fide servit, in *d. L. liber,* ut si heres sit institutus, & se liberum esse sciens, sponte hereditatem adeat: ipse fiat heres, id est ipsi acquiratur hereditas, non possessori. Idque etiam si testator voluerit hereditatem ad possessorem pertinere. Nam id prius generaliter dictum erat ex sententia Aristonis aut Lucilii; & quæ prius dicta erant, in hoc casu posteriore probat Labeo. Cur ergo, quæ hereditas relicta est contemplatione possessoris, non acquiritur possessori per liberum hominem, qui bona fide possidetur, si is conditionis suæ non ignarus sponte adeat? Quia isto modo vult ipse heres esse; & ut vult, ita voluntate sua efficitur, quia potest. Voluntate autem sola acquiritur hereditas ei, qui potest esse heres. *§. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Semel ei quæsita hereditas ad alium transire non potest, ne si velit quidem. *L. 2. C. de her. vel act. vend.* Quod de servo fructuario aut libero homine bona fide possesso qui se servum putat, dici non potest. Hoc enim statu personæ non potest velle heres esse, qui aut servus est, aut se talem putat. Quo fit, ut in hoc errore libero homini hereditatem iussu possessoris adeunti hereditas quæri non

non possit. Quæ cum ei non acquiratur, nihil iam obstat, quominus si contemplatione possessoris relicta est, possit ei, velut ex re eius profecta acquiri.

XL. Illud notandum, quod adiicitur in *d. L. liber*. Si liber homo gratia possessoris institutus, hereditatem sponte sua adeat conditionis suæ non ignarus, ipsum sic heredem fieri, ut tamen, voluntate testatoris probata, restituere debeat possessori hereditatem. Hoc enim prius dictum erat in *d. L. liber*. Neque hoc mutat Labeonis sententia. Sed & hoc voluntati testatoris congruit, quæ quia directo valere non potest, valebit iure fideicommissi. *L. Scævola, D. ad Trebell.* Et in eo hæc sententia Papiniani tenenda est; *in caussa fideicommissi utcunque precaria voluntas quæreretur, coniecturam voluntatis admitti*. L. cum proponebatur, 64. *D. de leg. 2.*

XLI. Sed meminerimus huic distinctioni locum esse in hereditate libero homini relicta contemplatione possessoris. Quod si ille possessoris gratia aperte institutus non erit: tum sine exceptione recte dicetur, hereditatem possessori per eum non acquiri, quia neque sit hereditas ex re possessoris, neque ex opera adeuntis, *d. L. liber*, illic, *sed hereditatem*.

XLII. Sed an quæ possessori non acquiritur, eam liber homo acquiret sibi? Prius diximus, quod neque ex re possessoris, neque ex operis suis acquirit is, qui bona fide servit, id vel ad ipsum pertinere, si liber est; vel ad dominum, si servus est. Hoc in servo bona fide possesso verum & perpetuum est, dum voluntas aperta servi non refragetur. Nam servum domino suo quidvis acquirere posse constat. *d. L. acquiruntur*, §. 1. *de acq. rer. dom.* In libero homine etiam recte dicitur in his rebus, quæ illi etiam ignoranti quæri possunt, ut in legato. In hereditate autem, quæ ut ipsi quæratur, voluntatem & animum desiderat, hæc distinctio Labeonis tenenda est: ut, si sciens se liberum esse, sponte adeat; fiat heres; sin putet se servum, & iussu possessoris quasi parere necesse habens adeat; non fit heres, eoque 9 nulli acquirat hereditatem. *d. L. liber, in fin. L. homo, in pr. D. de acq. rer. dom.* Quæ distinctio hanc rationem habet, quod utroque quidem casu liber homo potest heres fieri, si velit; sed priore vult heres esse, ac delata hereditas voluntate acquiritur: §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* posteriore non vult. Nulli autem nisi animo acquiritur hereditas. *Ibidem*. Itaque in *d. L. liber*. Merito reprehensus est a Labeone Trebatius, qui putabat liberum hominem bona fide servientem, si iussu eius, cui serviret, hereditatem adiisset; heredem ipsum fieri; nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit. Immo quid senserit, hic maxime spectandum est, cum, ut dixi, non nisi animo hereditas acquiratur. Sed etsi spectemus id, quod fecit, idem dicemus. Adivit enim hereditatem: sed hoc animo, ut acquireret possessori, cui serviebat, non sibi. Quæ res facit, ut neque illi acquirat prohibente iure, neque sibi cessante voluntate, ut dicitur *in L. si genero, C. de iur. dot.* Qua ratione cognita generaliter probandum est, quidquid liber homo bona fide serviens possessori non acquirit: id nec ad ipsum pertinere, si ei nisi voluntate eius acquiri non potest: ipse autem se servum putat, & necessitatem acquirendi sibi incumbere existimat. Ut si quid stipuletur non ex re possessoris.

XLIII. Per servos alienos, in quibus usum tantum habemus, quid nobis acquiratur, quoniam scripsi infra libri sequentis Cap. XXV. ut loco ita præcipue exigente, inde potius sumi iubebo.

CAP.

9) *L. 25. pr. D. de acq. her.* Pertinebit igitur hereditas ad legitimos. Vid. Duar. *de Acq. her.* C. 4. Gifan. *ad d. L. 19. de acq. dom. n. 2. & 3.*

C A P. V I I.

Per liberam perſonam, quæ iuri noſtro ſubiecta non ſit, quid nobis acquiri poſſit, & quibus conditionibus.

Acquiritur nobis interdum & per liberam perſonam. I.
Poſſeſſio dumtaxat, & quod ex ea eſt dominium, ſeu uſucapiendi conditio. II.
His conditionibus tamen; ſi & noſtro nomine poſſeſſionem nanciſcatur; & nos per eam poſſidere velimus. III.

Acquirimus aut naturaliter, *aut* civiliter, *& quæ utroque acquirendi modo continentur.* IV.
Civiliter *non acquirimus per liberam perſonam: & quare.* V.
Unde civilis acquiſitio: & cur ea ad legata etiam pertineat, & fideicommiſſa. VI.

I. Est ergo hæc ratio acquiſitionis quæ contingit per alios in his perſonis, quæ iuri noſtro ſive in totum, ſive ex parte ſubiectæ ſunt. Eſt &, ubi per extraneam perſonam, ideſt liberam, & quæ iuri noſtro nullo modo ſubiecta ſit, nobis acquiratur. Sed receptum in rebus certis tantum, & his paucis, idemque certis conditionibus.

II. Res ſumma & principalis, cui hoc tributum eſt, una nempe [1] poſſeſſio; quam per huiuſmodi perſonas nobis acquiri placuit: *L.* 1. *C. per quas perſon. nob. acq.* ſed ita, ut per conſequentiam aliæ accedant, quæ acquirere volenti ex iuſta poſſeſſione naſcantur. Id autem eſt dominium, ſi dominus ſit, qui tradit: ſi non ſit: uſucapiendi conditio, ut aliis locis declaratur, ut *§. ex his, Inſtitut. per quas perſon. nob. acq. L. traditio. §. ult. D. de acquirendo rer. domin.*

III. Conditiones autem ad hanc acquiſitionem duæ. Primum ne quid per extraneam perſonam nobis acquiratur: ac ne per procuratorem quidem noſtrum, tutorem, curatoremve, niſi hoc animo ſint, ut operam ſuam dumtaxat nobis accommodent. Qui ſi ſuo nomine nacti erunt poſſeſſionem: hanc nobis acquirere non poſſunt. *L.* 1. *§. per procuratorem, D. de de acq. poſſ.* Merito. Nam nec ſervi noſtri acquirunt nobis, ſi hoc animo ingrediantur poſſeſſionem, aut accipiant quid ut acquirant aliis. *d. L.* 1. *§. ſi ex parte*, verſic. *hæc quæ de ſervis*, *eod. L. per ſervum*, *§. quod unius*, *de acq. rer. dom.* de quo ſcripſimus plura ſupra Lib. V. Cap. X. Hinc eſt, quod dicitur in *L. res ex mandatu. D. de acq. rer. dom.* rem ex mandatu meo emptam non prius meam fieri, quam ſi mihi tradiderit, qui emit. Hoc enim de eo dictum eſt, qui emit quidem meo mandatu: ſed ſuo nomine emptam & ſibi traditam accepit. Quæ ideo fit eius voluntate domini per traditionem. *§. per traditionem, Inſtit. de rer. divis.* Sed mandati iudicio eam rem, & ſi forte ei res evicta ſit, evictionis actionem mihi contra venditorem cedere cogitur. *L. poſſeſſio*, 49. *§. ult. D. de acq. poſſ.* Deinde & hæc conditio eſt, ut ipſi [2] velimus poſſidere, quod alius extraneus noſtro nomine poſſidere cœperit. *L. ea quæ, D. de acq. poſſ.* Et ita eſt, ut ſupra dixi, ratio acquirendæ poſſeſſionis, ut nobis non acquiratur, niſi animo & corpore. *L.* 3. *in princ. D. de acq. poſſ.* Neque hic procuratorem excipimus. Sed non perſequar hanc partem longius, cum de ea quod ſatis ſit, ſcripſerimus ſupra Lib. V. Cap. VIII.

IV. Unam poſſeſſionem cum dicimus per extraneam perſonam nobis acquiri poſſe: apparet quid de cæteris rebus reliquatur, in quibus acquiſitio non per prehenſionem poſſeſſionis, ſed aliter iure civili contingit, nempe hoc: ut cætera per huiuſmodi perſonas nobis acquiri non poſſint. Atque hinc illa diſtinctio rerum *civiliter & naturaliter* quæſitarum, quæ traditur in *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* in hæc verba: *Ea quæ civiliter acquiruntur, per eos qui in poteſtate noſtra ſunt acquirimus, veluti ſtipulationem: quod naturaliter acquiritur, ſicuti eſt poſſeſſio, per quemlibet, volentibus nobis poſſide-*

[1]) Quia in iis, quæ ſunt facti, licet uti alieno miniſterio; *L.* 39. *de neg. geſt.* non in iis quæ iuris, Giſan. *ad L.* 13. *de acq. dom. n.* 5. Quia ibi intervenit actus naturalis ad idem. Diverſum eſt in actione perſonali, quæ acquiritur per actum civilem Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 58. *n.* 14.

[2]) Quæritur quidem poſſeſſio & ignoranti *L.* 1. *C. de acq. poſſ* & tamen non niſi volenti. Poteſt enim tunc ingredi poſſeſſionem extraneus, cum ignoramus, mandato tamen noſtro, aut volentibus nobis, ſi ratum poſtea habemus, Donellus noſter *ad L.* 1. *C. Per quas perſ. n.* 11. *& ſeqq.*

fidere, acquirimus. Naturaliter acquiri dicitur sola possessio, & per hanc dominium, quia hæc ratio rerum acquirendarum sola cognita est iure gentium, si quis rem prehendat, & possidere incipiat; a qua possessione & dominia rerum cœperunt. *L. 1. in princ. D. de acq. poss.* Quod si iure gentium, etiam naturali, quia utrumque pro eodem usurpatur. *§. singulorum, Instit. de rer. divis.* Civiliter autem contra acquiri dicuntur, in quibus acquirendis nulla est eiusmodi possessionis corporalis prehensio. Quarum rerum duo sunt genera: incorporales, & si quæ sunt corporales alienæ, quæ sine ulla traditione iure nobis acquirantur. Incorporales sunt, ut stipulationes, obligationes, actiones, & similes, *inst. de reb. corp. & incorp.*

V. De his traditum variis locis, per extraneam personam eas res nobis acquiri, non posse, ut *L. 1. C. per quas pers. nob. acq. L. stipulatio ista, 38. §. alteri, L. si ita stipulatus, 126. §. Chrysogonus, D. de verb. oblig. L. quæcumque gerimus, D. de oblig. & act.* Cur ergo hæ non possunt potissimum? quia civiliter acquiruntur, inquam; & ius civile istam per alios acquisitionem non agnoscit. Quamobrem, declaravi ad *d. L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.*

VI. Acquiri autem dicuntur civiliter ideo, quia huius generis res natura non sunt: tantum consistunt iure civili, quod eas perinde habet, quasi vere essent. Quam ob caussam & iure consistere dicuntur. *Instit. de reb. corp. & incorp.* Iam vero quæ natura non sunt, manifestum est ea nec natura acquiri posse. In eadem caussa sunt res corporales, quæ alieni delatæ, sine ulla traditione ei acquiruntur. Ut sunt legata & fideicommissa. Itaque nec per quemquam legatarium, qui sit extranea persona, nobis acquiri posse recte dixerimus, quanvis proponatur is, qui nostro nomine ea agnoverit.

De iure rerum privatarum.

C A P. VIII.

In iure rerum privatarum primum ius esse eorum, quibus res quæsitæ sunt, quod dominium & proprietatem vocamus. Quid sit horum utrumque.

Transitio, & rerum privatarum origo indicata. I.
Res privatæ quæ sint, & quis sit huius cognitionis usus. II.
Privatarum rerum cognitio personis & earum in res privatas iure continetur. III.
Ius in rem privatam semper obtinet rei dominus; & si quis habet aliquid ex iure dominieo. IV.
Rei dominus qui sit; & unde ita nuncupetur. V.
Rerum corporalium proprie esse, & vocari dominium. VI.
Tractandarum rerum partitio, & ordo. VII.
Summum domini ius in rem frequenter appellari dominium; *interdum* proprietatem, *& quod sit Etymon utriusque.* VIII.
Dominium *proprietatis, ususfructus, servitutum usurpari a veteribus: sed cum adiuncto semper, & minus proprie.* IX.
Plena dominii definitio, & fusior huius explicatio. X.

I. Personis cognitis, quibus & per quas acquiri potest, ventum est ad summam eorum, quæ rerum acquisitio desiderat. Perficitur enim in summa hæc acquisitio, cum res quæ in commerciis est, iustis & constitutis modis quæsita est vel per nos, vel per alios, quibus & per quos iure quæri potest. Quibus de rebus huc usque dictum est. Constituta acquisitione rerum, habemus res privatas & res singulorum, quas in hac acquisitione quærebamus.

II. Sunt enim res privatæ, quæ sunt singulorum. *L. 1. D. de rer. divis.* singulorum, quæ cuique superioribus modis iure acquiruntur. *§. singulorum, Instit. de rer. divis.* Cognitio per se inutilis, ut & cæterarum rerum, de quibus in divisione rerum proposita diximus, si non amplius hic quærimus, quam quæ sint res privatæ. Sed cognitio huc spectat, ut quemadmodum in superioribus generibus de iure earum fecimus: sic in hoc genere cognoscamus, quo item iure res privatæ habeantur, id est in rebus privatis quid sit suum cuiusque. Quod in omnibus

bus rebus nobis propositum est quærere, postquam hic finis iuris est, ut quod suum constiterit esse euiusque; id cuique tribuatur. Res privatas in iure & potestate privatorum, seu singulorum esse constat. Inde enim dicuntur res esse humani iuris, & in his, quæ huius iuris sunt, esse privatæ, id est, privati iuris & singulorum. *d. L.* 1. *D. de rer. divis.*

III. Hic vero duo quæruntur, quibus hæc cognitio continetur. Primum quinam ius habeant in res privatas. Deinde quodnam id ius sit & quantum, quod his tribuitur.

IV. Res privatas non omnium in Iure esse ipsum nomen demonstrat. Ideo enim dicuntur res privatæ, ut intelligamus non esse usu publicas aut communes. Ideo singulorum, ut intelligamus non esse omnium, sed certorum & singulorum. Quapropter hoc ante omnia constituendum est, quos istos esse velimus, qui ius in rem privatam habeant: tum deinde de iure eorum quærendum. In rem privatam ius habent duo hominum genera: dominus rei, & si qui sunt, quibus ex iure dominico aliquid in rem tribuitur. Dominus quidem semper, quia semper est aliquis rei privatæ dominus. Alii non semper, quia non semper sunt, quibus præter dominum aliquid iuris in rem tribuatur. Sunt tamen interdum; de quibus ordine dicetur.

V. Dominum rei vocamus eum, cui res ita, ut supra dictum est, quæsita est, atque hoc modo eius facta est, ut esset propria. Unde rem aliquam nostram esse, & rem nobis acquiri, & nos eius rei effici dominos, & eius rei dominium seu proprietatem in nos transferri pro eodem usurpari passim legimus, maxime quidem sub Titulo *D. de acquir. rer. dom.* sed præcipue hic usus notari potest in *L. qua ratione*, *§. hæ quoque res §. item si quis merces*, *§. hoc amplius*, *L. traditio*, *§. ult. eod. tit.* Dominus dictus [1] a domo, ut intelligatur is, qui in domum, in res quæ domi sunt, quæque ad domum referuntur, Ius potestatemque obtinet: ut declaratur illo versu Ennii sæpe usurpato a Cicerone, *O domus antiqua quam dispari domino dominaris:* in quo apparet dominum & dominari a domo velut coniugatione consulto esse deducta. Et ita generaliter dominus dicitur veteribus is, cuius res est, seu cui iure quæsita est, ut quæcumque res sit, quæ sit alicuius, quanvis incorporalis, hunc eius rei dominum vocent. Itaque & dominum hereditatis legimus pro herede. *L. his verbis*, *in princ. D. de her. inst.* & dominum proprietatis pro eo, cuius est proprietas, seu proprietario. *L. acquiruntur*, *§. de iis*, *L. quod fructuarius*, *D. de acq. rer. dom.*

VI. Sed & dominium usufructus, & dominium servitutum legimus in eo, qui usumfructum aut servitutes iure quæsitas habet. *L.* 3. *D. si usufr. pet. L. semper. §. hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* Verum hæc [2] ex similitudine magis, quam res incorporales cum corporalibus gerunt, quam ex proprietate verbi. Nam ut domus corporalis res est; sic domini verbum inde deductum proprie usurpatur in rebus corporalibus, ut sit is cui res corporalis quæsita est: & dominium eodem modo. Unde titulus de acquirendo rerum dominio cum in Pandectis; tum in Institutionibus earum dumtaxat rerum acquisitionem continet. Distinguiturque ex professo a titulis de usufructu, de servitutibus, & similibus rebus quæ in bonis nostris habentur. Sed & actio in rem, quæ dicitur competere ei, qui aut iure gen-

1) Facit *L.* 195. §. 2. *ibi:* qui in domo dominium habet *de V. S.* Macrob. 1. *Saturn.* 11. Cuiac. 10. *Obs.* 16. Rob. 3. *Sent.* 18 licet P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 2. Græcum *δαμάω* id est, subiicio, derivet, & Alc. *in L.* 27. §. *differentia* 1. *de acq. poss. ἀπὸ τοῦ διδόναι*, a dando, & Gifan *ad Rub. D. h. t. n.* 4. a vetusto verbo, *Dubenus*, quod ab Hebreo Thob. quo bona significantur. Antiquis *dominus* dictus qui convivium exhiberet, & *dominia* convivia, non quævis tamen, sed quæ domi celebrarentur. Lucilius *Satyr. Lib.* 13. Primum dominia, inquit, atque sodalitia omnia tollantur, per *sodalitia* intelligens quæ non in domo quisque sua, sed publicis locis magistratus, seu sodalitates præbebant, refer Connan. 3. *Comm.* 3. *n.* 1. *&* 10. *Comm.* 5. *n.* 7. de quo & Cuiac. 11. *Obs.* 12. Succedente ætate domini appellatio, ita ampla & superba Romanis habita, ut & Imperatores maxime Augustus & Tiberius, eam recusarint, Sueton. *in Aug. C.* 53. Dio *Lib.* 55. Tacit. *Lib.* 2. de quo A. Guib. *in Polyhist. C.* 16. Fr. Iuret. *in not. Lib.* 1. *Epist. Symmachi. Epist. in edit. illius* 8. *edit.* Lectii 14. Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 22. Sed id posterior ætas mutavit, titulo eo honoris communi effecto, Gifan. *ad Rub. h. t. n.* 4. Rob. 3. *Sent.* 18.

2) Alciat. *in L.* 17. *de acq. poss. n.* 14. uti iurium quasi possessio, ita & eorum non proprie, sed veluti dominium. Cuiac. 10. *Obs.* 16. Possessionis, ususfructus dominus dicitur per abusionem, sicut maritus uxoris pater, patronus. Duar. 1. *Disput.* 17. Coras. 6. *Misc.* 20. P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 7. Cœpolla *de Ser. urb. C.* 21. *n.* 2. & Gifan. *ad Rubr. D. h. t. n.* 13. *& seqq.* ubi *n.* 17. scribit divisionem recentiorum, quod dominium aliud sit proprietatis, aliud possessionis, aliud ususfructus, esse nominis potius, quam rei. Recte. Nec obstat quod dominium simpliciter tribuitur rebus incorporalibus. Nam & possessio de iisdem absolute prædicatur *L.* 3. *Si us. pet. L. ult. de itin. act. priv.* nec tamen proprie. Sane cum sæpe fructuarius, creditor, &c. domini esse negentur; *L.* 11. *de dam. inf. L.* 43. §. *ult. de furt. L.* 1. §. 1. *Si ag. vect. pet.* & dominis opponantur; *L.* 13. §. 1. *L.* 19. *pr. de dam. inf. L.* 8. §. 3. *de remiss. & simil.* alibi domini vocentur: expeditior hæc ratio componendæ dissensionis. Diss. Hotom. *Disput. Feud. C.* 33. Forner. *in L.* 25. *de V. S.* Vasq. 1. *Ill. Contr.* 17. *n* 7. *&* 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 22. *& in Præfat. Lib.* 2. *de Success. progressu n.* 177. Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr. C.* 32. *n.* 18. Pac. 7. *Q.* 17. quodammodo Rob. 3. *Sent.* 16. *&* 3. *Animad.* 9. maxime vero Vult. *in pr. I. de R. D. n.* 19. *& seqq.* Gœdd. *in L.* 25. *n.* 7. *& in L.* 49. *n.* 7. *&* 8. *de V. S.* Val. Guil. Forst. *Tract. Instin. Disp.* 6. *Q.* 6.

gentium aut civili dominium acquisiit, *L. in rem D. de rei vind.* non alia intelligitur, quam quæ de rebus singulis corporalibus competit. *L. 1. L. 5. §. ult. L. 6. vindicatio. D. eod.*

VII. Quantum autem iuris dominus quisque in re sibi quæsita habeat, seu quid cuique liceat in re sua, sic facillime consequemur. Uniuscuiusque domini in re sua ius unum summum est, quod appellamus dominium. Eius iuris certæ sunt partes. Et ne forte hæ frustra domino tributæ sint, unicuique parti suæ tuendæ, seu obtinendæ idonea remedia iure sunt constituta, & attributa dominis. Quæ his partibus adiuncta, eiusdem iuris partes tanquam accessiones faciunt. Ex his quædam imminuuntur interdum, quædam interdum excipiuntur, quæ partim transferuntur in alios, partim etiam non transferuntur. Quare si cognoverimus, quid sit dominium; quæ dominii huius partes; quæ remedia his partibus tuendis attributa; quid ex his partibus imminuatur domino, aut non imminuatur: planissime & sine ullo errore cognoscemus, quod sit ius cuiusque domini in rebus privatis, dum totum velut ex suis & certis partibus extruemus.

VIII. Domini, ut dixi, ius unum summum est, quod ex persona ipsa, eius est, *dominium* appellatur, quod verbum in acquisitione rerum privatarum passim occurret. Atque hinc Titulus ipse *de acquirendo rerum dominio*. Et quæ res nobis quæsitæ nostræ fiunt, earum etiam, ut dicimur domini; sic & dominium dicitur, id est ius ipsum domini in nos transferri, & nostrum esse. Liceat ex innumeris locis paucos notare docendi caussa. *L. traditio, §. ult. L. nunquam, L. si procurator meus, L. non est novum, D. de acq. rer. dom. L. in rem, D. de rei vind L. si quis vi, §. 1. D. de acq. poss.* Hoc idem ius nostris 3 dicitur proprietas, eadem plane significatione. Nam & cui res acquiritur, dicitur in eum proprietas transferri, dum illud idem significatur, huius fieri rem, eum dominum effici, & quod idem est, dominium ei acquiri. *d. L. qua ratione, §. hæ quoque.* iuncto. *§. item si quis merces.* & *§. hoc amplius. L. cum in corpus. D. de acquir. rer. dom.* Et recte. Is enim dominus est, cui res iure quæsita propria eius facta est.

Ut ergo dominium a persona recte dicitur ius quod domini est: sic a re quæsita recte proprietas, idem illud ius, quod est in re, quæ domini propria facta est.

IX. Interdum quidem legimus proprietatem separatam ab usufructu. *§. 1. Instit. de usufr.* Et quoties ususfructu constituto nominatur proprietas, ibi intelligitur proprietas nuda, id est, ab usufructu separata. *d. §. 1. & §. ult. Institut. de usufruct.* Unde proprietarius, qui eam proprietatem ita habet, ad discrimen fructuarii, qui usumfructum habet a proprietate separatum. *L. quod proprietarius, D. de acq. rer. dom. L. sed etsi quid. 22. D. de usufr.* Sed nihil hic proprium huius verbi. Nam & dominium usurpatur eodem modo. Ut de adventiciis bonis, quorum proprietatem placet acquiri filiofamilias; usumfructum patri. Sic ubique loquuntur in hac re Iustiniani constitutiones; ut dicant usumfructum patri acquiri; dominium filio. *L. cum oportet.* in princ. *L. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* Obtinuit tamen, quod supra attigi, usu veterum, ut interdum paulo largius dominium usurpetur in re omni, quæ nostra est. Unde, quæ dixi, *dominium* proprietatis pro dominio, quod est in proprietate separata ab usufructu; *L. si tibi. D. quib. mod. ususfr. amitt.* ut & *dominum* proprietatis pro proprietario, id est, eo, qui solam proprietatem habet. *d. L. acquiruntur. §. de iis. L. quod fructuarius. D. de acq. rer. dom.* Et similiter *dominium* ususfructus, & *dominium* servitutum. *d. L. 3. D. si ususfruct. pet. d. L. semper. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Sed rarum hoc est: nec unquam dominii verbum sic accipitur, nisi cum nominatur eum adiuncto, ut dicatur *dominium* proprietatis, ususfructus, servitutis. Sed adiunctum tunc abuti nos verbo *dominii* declarat. Ut cum dicimus, fructuarium naturaliter possidere. *L. naturaliter.* In princ. *de acq. poss.* Qui tamen absolute, id est, proprie & vere non possidet. *L. acquiruntur. §. ult. de acq. rer. dom.*

X. Sit ergo proprie *dominium* ius domini in re sua, & *dominus* is, cui res corporalis quæsita est: ac proinde *dominium* id ius in re corporali. Id ius recte ita 4 definitur, ut ad eam sententiam definitum legimus a Bartolo in *L. si quis vi. §. differen-*

3) Consentit Duar. 1. *Disp.* 17. Cuiac. 10. *Obs.* 16. P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 6.

4) Diff. diversimode Rob. 3. *Sent.* 18. Vult. *in* §. 1. *I. de Usufr. n.* 3. Gœdd. ad *d. L.* 25. *n.* 7. & ad *d. L.* 49. *n.* 8. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 4. Greg. Lopez *Animadv. C.* 6. Io. del Castillo *de Usuf. C.* 75. Alciat. *ibid.* Duar. *d. C.* 17. Gomez. *in L. Taurin.* 45. *n.* 5. Aliter P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 3. Vasq. 1. *Ill.* 17. *n.* 4. Gifan. *in Rubr. D. h. t. n.* 21. Vult. & Gœdd. *dd. locis.*

ferentia, D. de acquir. poss. ut sit dominium: ius de re corporali statuendi, ut quis velit, nisi si quid iure prohibeatur. Ius esse de re pro arbitrio statuendi satis declarat illa sententia, quæ legitur in *L. in re mandata, C. mand.* unumquemque rei suæ moderatorem esse & arbitrum. Ea enim res nostra est, cuius domini sumus. *L. qua ratione. §. hæ quoque.* & *§. hoc amplius, de acq. rer. dom.* dominium autem ius domini. Cur dicamus de re corporali, supra expositum est. Non semper tamen licet domino statuere per omnia, ut velit, de re sua. Sæpe hæc potestas minuitur iure; neque eo minus dominus est is, cuius ius ita minuitur, veluti cum in re nostra ususfructus alienus est; servitutes impositæ, *L. recte, D. de verb. sign.* emphyteusis; superficies constituta; pignus constitutum creditori; alienatio rerum interdicta. De quibus postea suo ordine dicetur. Recte ergo in definitione hoc excepimus, nisi si qua in re, una, aut pluribus prohibeatur dominus de re statuere. Non dixi, nisi si *quid vi aut iure prohibeatur*, ut additur in definitione libertatis. *L. 4. D. de stat. hom.* quoniam vi prohiberi potest dominus, ne de re sua statuat, ut velit, dum prohibetur rem possidere, aut possessa uti. Sed vis non facit, quominus, qui de re non potest statuere propter vim; ius tamen statuendi habeat. Necesse fuisset vim excipi, si dominium definiretur facultas statuendi, ut velis: quoniam hæc facultas & vi & iure inhiberi potest. Ideo utrunque exceptum in definitione libertatis, quia libertas definiebatur naturalis facultas. *d. L. 4. de stat. hom.* Nunc autem diximus, dominium esse ius; hoc vero ius nobis vis aliena non adimit.

CAP. IX.

Dominii partes quinque. Quæ sint; & quæ remedia cuique parti obtinendæ constituta. Inter cæteras tractatum fusius de usufructu tertia huius iuris parte, & expositum, quid sit illud, quod dicitur, usumfructum partem dominii esse.

Quinque dominii partes ex ipsa rei definitione deductæ, & suo ordine recensitæ. I.

1. *Cuique domino rem tenendi, possidendive ius esse. Quid* ius possidendi *differat a* possessione. II.

Duplicis generis prodita domino & possidenti, & non possidenti a iure remedia ad obtinendam possessionem. III.

Possidenti duplex defensio: adversus illatam vim inculpata eiusdem vis propulsatio; & adversus quemcunque petitorem, iusti dominii exceptio domino tributa. IV.

Exceptio tamen domino adimitur, quando possessionis cum eo, non rei controversia est, nisi præsentem ille dominii probationem afferat. V.

Possessionis occasione de interdictis uti possidetis, utrubi, quorum legatorum *obiter. Cui competant & quando; cuius rei gratia sint instituta; & an ius domini minuant.* VI. VII. VIII.

Cur interdicti unde vi *adversus dominum deiicientem mentio prætermissa.* IX.

Non possidenti domino ad rem suam recipiendam quot & quæ sint a iure constitutæ actiones. Quæ harum vis, & potestas. Cui competant, adversus quos; & quando & quo ordine instituendæ. X. XI. XII.

2. *Ut cuique rem suam incolumem habere, ac tueri liceat, tribuitur* iure domini. XIII.

Incolumitati tuendæ rerum nostrarum diversa pro qualitate damnorum, quibus eædem læduntur a iure domino statuta remedia. Quæ illa; & cur eadem obiter hoc loco indicata. XIV. XV. XVI.

3. *Ut re sua quisque possit uti frui pars est dominii potissima & finis præcipuus.* XVII.

Partem dominii esse rei usumfructum quæ ostendant expresse in Digestorum Libris *veterum sententiæ.* XVIII.

Item quæ ratione & argumento idem confirmant iuris locorum testimonia. XIX.

Item obviam itum contrariis: ideoque L. & per iusiurandum §. illud D. de acceptil. *explicata.* XX.

Superior definitio in L. ususfructus 4. D. de usufr. *tradita quomodo*

modo latius & plenius ab auctore exprimatur. XXI.

Adversus illum qui nos uti frui vetat, quot & quae actiones constitutae. XXII.

4. *Ut liceat nobis etiam non utentibus ab usu rei nostrae alios excludere, est hoc etiam ex* iure domini. XXIII.

Quae sit talis iuris *obtinendi ratio.* XXIV.

5. *Et postrema. Ad iura domini pertinet alienandi diminuendive facultas. Quibus illa partibus constet, & quomodo semper domino conveniat alienatio.* XXV.

Quae sint adversus eum qui alienare vetat aut cogit, domino prodita iuris auxilia. XXVI.

Duo summa genera dominii apud veteres: Fructus & mancipium, *seu possessio.* XXVII.

I. HOc ius de re libere statuendi natura haec continet, atque hoc ordine. Ut enim de re liceat, quod volumus, primum est, ut eam teneamus; Proximum, ut habeamus incolumem: Nam vitiatae aut nullus usus; aut non idem, qui integrae; Tertium, ut cum habebimus, ea utamur fruamur pro arbitrio & commodo nostro; Quartum, ut liceat de eius usu concedere aliis, quantum videtur: si nihil videtur concedendum, etiam non utentibus, ab eius usu prohibere caeteros; Postremum, si rem retinere nolumus, liceat vel alienare eam, & in quem velimus transferre, vel etiam si libet, perdere. Natura, inquam, nos docet haec omnia pleno utendi & de re statuendi iure contineri. Quare non dubitabimus quin dominii hae velut partes sint quinque, in quibus hoc ius consistat: ut qui dominus sit rei, idem dominii iure omnes habeat. Prima, ius tenendae & possidendae rei. Secunda, licere incolumem tueri. Tertia utendi fruendique ius. Quarta, ius ab eius usu arcendi quoslibet. Postrema, ius alienandi deminuendive.

II. Primam partem dominii esse statuimus ius tenendi possidendive. Non dico esse possessionem. Haec enim dominii pars non est ullo modo. De quo haec Ulpiani sententia est, nihil commune habere proprietatem cum possessione. *L. naturaliter, §. 1. D. de acq. poss.* Quod ille alibi sic interpretatur, ut nihil habeant hae coniunctum natura sua: quasi qui unam habeat, necesse sit eum etiam alteram tanquam coniunctam habere. Potest quidem idem possessor esse, & dominus, sed nulla necessitate coniunctionis. Fieri enim potest, inquit, ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor vero non sit. Hoc ille in *L. 1. §. 2. D. uti poss.* At ius tenendae & possidendae rei, quod dixi, id demum dominii pars est. Pars ita dominii propria, ut quisquis dominus est, consequi possit suo iure, ut rem teneat, possideat. Si tenet, possessionem sibi tueri potest. Si non possidet; potest persequi & recipere.

III. Quas ad res & possidenti defensio, & non possidenti rei, possessionisque persecutio iure proposita est: remedia scilicet opportuna ad obtinendam possessionem.

IV. Defensio tenenti duplex, ut sunt ea, quibus possessio oppugnatur. Si quis vi rem auferre, aut de possessione fundi dominum eiicere conatur: remedium commune est omnibus adversus vim propositum: ut liceat *ad defendendam possessionem cum inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare*, ut est in *L. 1. C. unde vi.* Sic enim in universum ius est & gentium & civile, vim vi depellere licere. *L. scientiam, §. penult. D. ad legem Aquil. L. ut vim, D. de instit. & iur.* Id & ad res recte possessas tuendas pertinet. *Moderatio inculpatae tutelae*, quam lex exigit, ea intelligitur, cum quod sit adversus vim, *tuendi dumtaxat* caussa fit, *non etiam ulciscendi*, ut explicari videtur in *d. L. scientiam, §. penult. ad legem Aquil.*

V. Quod si quis iudicio cum domino agit, ut rem & possessionem ei avocet: hic adversus omnem petitionem parata est domino iusti dominii exceptio, qua agentem removeat. Nam, cum omnibus bonae fidei possessoribus, quasi domini sint rei proposita sit Publiciana in rem actio adversus omnes alios eius rei possessores: *§. namque, Instit. de actionib.* placet, iusti dominii exceptionem Publicianae opponi, *L. penultim. & ultim. D. de Publician.* ut, si quidem dominum esse constet eum, cum quo agitur, actio non detur: sin de eo sit controversia, ita detur actio, ut exceptioni sit locus *L. nam posteaquam, D. de iureiur.* Quae si etiam adversus bonae fidei possessores competit: multo magis alios omnes, qui minus iuris habebunt, removebit, tuebiturque dominum possessionem.

VI. Quod tamen sic accipi debet, si agatur adversus dominum de iure habendae rei, non etiam de possessione sola. Nam in controversia possessionis interdum ad tempus domino superior est is, qui dominus non est. Quod contingit ex caussa ho-

sa horum interdictorum; *Vti possidetis*, *Vtrubi*, *Quod legatorum*. Qui vere possidet adversus dominum tenentem iure experitur, interdicto, *Vti possidetis*; quo & interdicto vincit, si cum agitur, nec vi, nec clam, nec precario possideat. *L.* 1. *D. uti poss.* idemque est in interdicto *Vtrubi* de rebus mobilibus. *§. sed interdicto*, *Inst. de interd.* Quæ res ostendit, huic interdicto exceptionem dominii non obstare. Esto enim dominus sit is, eum quo agitur: non facit tamen ea res, quominus possideat solus is, qui agit, quoniam ut ante dixi separata est proprietas a possessione: in interdicto autem de possessione sola agitur. *d. L.* 1. *§.* 1. & deinceps. *Vti poss.* Sane si dominus ita se dominum esse dicat, ut eius rei [1] præsentem & eodem die paratam probationem offerat: audiendus est. *argument. L.* 3. *in princ. D. ut in poss. leg.* Cum si dominium eum esse constaret, statim ei etiam agenti res sua restituenda esset sine exceptione. *L. officium D. de rei vind.* Cui autem actionem damus; eidem multo magis exceptionem competere quis dixerit. *L. invitus. §.* 1. *D. de reg. iur.* At si de eo erit controversia, & res desiderabit longiorem cognitionem; non convenit iudicio possessorio, ut exceptio admittatur: sed differetur quæstio in directum iudicium de proprietate, possessione actori salva & sine interpellatione esse iussa. Hoc enim ius est de eiusmodi exceptionibus in iudiciis præparatoriis. *L.* 3. *§. ibidem. D. ad exhib.*

VII. Tale autem est interdictum *Vti possidetis*, & *Vtrubi*, quæ sunt retinendæ possessionis, instituunturque ordinandæ vindicationis & iudicii petitorii caussa: ut sciri possit in eo iudicio, uter possidere, uter a possessore petere debeat. *§. retinendæ. Inst. de interd.* Est quidem ita hæc velut restitutio detentionis, quæ hic domino iniungitur. Sed non est eiusmodi, (ut ad ius possessionis iustæ redeam) quæ ius dominii, & eam possessionem, quam dicimus domini esse debere, minuat. Nam & temporaria est ista restitutio, & non diutius obest, quam quamdiu non constat eum, qui vere dominus est, dominum esse. Cæterum victus dominus hoc interdicto de possessione pro tempore, nihilominus rem suam vindicare potest a possessore. *d. §. retinendæ. de interdict.* Quo iudicio si se dominum probaverit, iam pleno iure possessionem auferet, ut mox dicetur.

VIII. Interdictum quod legatorum simili quadam ratione & domino ipsi possessionem rei aufert ad tempus, & quidem hoc amplius, quam in superiore, quod aufert etiam ei, quem dominum rei esse constet. Nam rei legatæ dominium, adita hereditate, statim & recta transit ad eum, cui legata est. *L. a Titio.* in fin. *D. de furt.* Si tamen is, quamvis dominus, sine voluntate heredis legatum occupet: iubetur id primo quoque tempore restituere heredi, quasi ab eo debuerit petere; non ius sibi in re sua dicere. Estque in eam rem heredi adipiscendæ possessionis caussa interdictum *Quod legatorum. L.* 1. *in princ. D. Quod legat.* Sed ne hæc quidem restitutio rei longius nocet legatario, quam ut re heredi restituta consequatur deinde legatarius ab eo rei legatæ possessionem. Quæ nisi traditur, statim potest legatarius idemque dominus eo nomine heredem convenire; & possessionem auferre. *d. L.* 1. *in princ. Quod legat.*

IX. Non dixi dominum teneri etiam interdicto *Vnde vi*, ut possessionem sine exceptione restituat ei, quem deiecit. Hoc enim de domino olim dici potuit: hodie non potest propter eas constitutiones, quibus placuit eum, qui per vim rem suam occupavit, continuo dominium rei suæ amittere. *L. si quis in tantam. C. unde vi.*

X. Utcumque autem non possidebit dominus; aut detentionem rei superioribus interdictis ob privatas caussas omittere cogetur: non eo minus possessionem debere esse eius, & ut rem domini propriam ad eum redire debere, ex eo intelligemus, quod dominus eam a quovis possessore persequi potest, & possessori auferre. Quam ad rem domino suæ sunt actiones. Et omni domino non possidenti ad rem suam, quæ ab alio possidetur, recipiendam, hæ actiones sunt: actio in rem, quæ dicitur, rei vindicatio, & propter hanc in rebus mobilibus actio ad exhibendum, & si res furtiva est, hoc amplius condictio furtiva. Quæ si sunt domino ad rem suam recipiendam, sunt utique ad obtinendam eius rei plenam possessionem.

[1]) Contra tamen communis est opinio possessorio retinendæ, nec exceptionem dominii in continenti probandi obiici posse, ref. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 88. *n.* 3. ut nec possessorio recuperandæ *d. C.* 88. *n.* 2. & aliis relatis Gomez. in *L.* 45. *Taurin. n.* 182. per *L. si quis ad se* 7. *C. ad L. Iul. de vi* in verbis: *ante omnia violentia caussam examinari præcipimus*, & Menoch. *recup. possess. Remed.* 1. *Quæst.* 21. *n.* 239. *& seqq.* Fachin. 8. *Contr.* 10.

XI. In rem actionem domino competere constat. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Competit adversus omnes, qui possident, tenent, & habent restituendi facultatem. *d. L. actionum, de oblig. & act. L. officium, de rei vind.* Agitur autem in hoc, ut res sua domino restituatur, quo restitutam illi tenere, & iure publico possidere liceat. *L. qui restituere. D. de rei vindic.* Aperte igitur hæc actio possessionem rei domino constituit. Quam ut intelligere liceat constitui ex hac actione, ut rem maxime domini propriam, id est, quæ ad eum dominii iure omni modo pertinere debeat: observetur dari domino hanc actionem non tantum adversus eos, qui mala fide possident; sed etiam qui bona. *d. L. officium, de rer. vind. L. adversus. L. certum. C. eod.* Neque id tantum; sed etiam adversus eos, qui bona fide emerint ab eo, qui dominus non erat, & pretium ei solverint; & quidem ita; ut ubi dominus probavit rem suam esse, cogantur possessores rem ei restituere etiam non oblato his pretio. *L. 3. C. de rei vind.* Et quoniam domino rem suam persequenti in rem actio est, & in hac debet rem certam designare, qui agit: *L. si in rem. 6. D. de rei vind.* consequens fuit, ut rem mobilem vindicaturo prius esset actio ad exhibendum, ut res exhibita notari posset, & dici, hanc esse, quam dominus suam esse intendit. Quæ & actio constituta est *L. 3. §. est autem. D. ad exhib.* Et sunt hæ actiones domino, ut dixi, adversus omnes possessores, sive bona fide possidebunt, sive mala. De quibus satis sit tantum nunc attigisse, quantum diximus, ut pro eo atque hic locus postulabat. Nam de his suo loco ex professo dicetur postea in re iudiciaria inter actiones.

XII. Quod si etiam ad obtinendam possessionem possessoris maleficium accesserit; aliæ quoque actiones ad possessionem recuperandam domino accedent. Et si quidem dominus de possessione fundi deiectus fuerit, habet interdictum *unde vi* recuperandæ possessionis caussa. *L. 1. D. unde vi. §. recuperandæ, Instit. de interdict.* Sed in hoc interdicto nihil dominii proprium. Competit enim interdictum non ut domino, sed ut deiecto: competiturum, etiam si qui deiectus est, mala fide possedisset, atque adeo si fuisset & ipse prædo, qui prius dominum deiecisset. *L. 1. §. deiicitur, L. colonus, D. unde vi.* Quod si res mobilis furto surrepta, aut vi erepta erit; placuit amplius adversus furem & eius heredem esse condictionem furtivam rei recuperandæ caussa. *L. si pro fure, §. 1. & ult. D. de cond. fur.* Hæc vero, ut in ea vim dominii ad possessionem rei suæ obtinendam agnoscamus, soli domino competit. *L. 1. D. eod.* Cum hæc sit in personam, nascaturque ex obligatione, obligatio ex maleficio, id est, furto; de ea obligatione & actione inter maleficia dicetur. Hinc autem evenit, ut domino rem suam adversus furem persequenti tres hæ sint actiones, condictio furtiva, vindicatio, & actio ad exhibendum. *d. L. si pro fure, §. 1. de condict. furtiv. §. ult. Instit. de oblig. quæ ex delict.* Ius ita constitutum, ut fures pluribus actionibus propositis magis teneantur. De quo scripsi ad *§. sic itaque. Inst. de act.* Vere ergo ius tenendæ & possidendæ rei dominii pars est, id est, domini cuiusque proprium, postquam possessionem & possidens tueri potest, & non possidens omnibus avocare, remediis idoneis in rem utramque constitutis.

XIII. Secunda & huic proxima dominii pars est, rem incolumem habere ac tueri licere. Parum est enim rem tenere, nisi possessa recte uti liceat, quem usum vitiata & corrupta æque præstare non potest. Hanc incolumitatem rei una cum re dominis tribui, remedia ostendunt prodita ad eam incolumitatem obtinendam. Sunt enim omnia aut solis dominis, aut maxime dominis constituta.

XIV. Ea incolumitati tuendæ accommodata remedia sunt, quibus occurritur damnis & incommodis, quibus hæc incolumitas læditur. Ideo ut damna sunt, ita ex adverso remedia esse oportuit. Quæ & similiter ei rei sunt qualita.

XV. Damna rebus nostris inferuntur aut ab hominibus, aut ab animalibus brutis, aut a rebus inanimatis. Ab hominibus corrumpuntur aut servorum mores, aut rerum nostrarum corpora. Moribus servorum corruptis, est actio de servo corrupto. Et hæc soli domino datur. *L. 1. in princ. D. de serv. corr.* Corporibus rerum nostrarum corruptis, quia quis ussit, fregit, rupit quid nostrum iniuria; est actio de damno dato ex lege Aquilia. Et hæc soli domino competit. *L. item Mela, §. legis autem, D. ad leg. Aquil.* Ab animalibus brutis si rebus nocitum est, actio est ex lege duodecim tabularum, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.* De qua in *L. 1. & toto Tit. C. si quadrup. paup. fec. dic.* item *Institutionibus eod. Tit.* Hæc ita competit omnibus: quorum interest damnum datum non esse, ut constet maxime competere domino, cuius rebus nocitum

citum erit. *L.* 2. *D. eod.* A rebus inanimatis damna sunt aut ab iis quæ cadunt ex alienis ædibus; aut ab ædibus ruinosis in nostrum incidentibus; aut ab eo opere, quod quis faciat in nostro vel in suo. In iis quæ cadunt ex alienis ædibus actio est de iis, quæ inde deiecta effusave sunt; deque iis quæ ibi periculose suspensa habentur. De quibus *Tit. D. de his qui deiecer. vel effuder.* A ruinosis ædibus quæ damna metuuntur, iis occurritur stipulatione damni infecti. Quæ si damnum metuenti & postulanti præstatur a domino vitiosarum ædium, quandoque ædibus ruentibus, stipulanti; de damno prospectum est. Si non præstatur, ea pœna est, de qua comprehensum est edicto in *L. prætor. D. de damn. inf.* Opus in nostro si quis facit, fecitve; si quis item in suo, quo nobis noceat, puta adversus servitutem, quam nobis debeat: adversus hæc opera ita iure prospectum est, ut remedia sint & adversus futura opera quæ instituuntur, & adversus præterita, idest, ea quæ iam facta sunt. Futura inhibentur operis novi nuntiatione: quæ iam facta sunt, si quidem facta sunt vi aut clam, restituuntur edicto, *Quod vi aut clam, L.* 1. *§. D. de oper. nov. nunt.* Quod si quis opus facit in suo, quo facto futurum sit, ut aqua pluvia, aut quæ imbre crescit, vicino agro noceat: de eo etiam ante, quam aqua damnum dederit, propria actio est aquæ pluviæ arcendæ, qua id agitur, ut avertatur aqua. *L.* 1. *in princ. §. hac autem, §. in summa, & seq. L.* 3. *§. penult. D. de aq. pluv. arcend.* Actionis exitus & potestas hæc est; ut *si quidem opus a vicino factum sit; iubeatur is restituere, & damnum sarcire, si quod post litem contestatam contigit, quod si ante litem contestatam damnum contigit tantum opus restituere*, debeat, non damnum sarcire. *L. si tertius, §. penult. D. eod.*

XVI. Hæc strictim attigi hoc loco, & velut per indicem: quia horum damnorum actio nascitur ex obligatione; obligatio ex maleficio, aut quasi maleficio: ut proinde proprius de hoc genere cognoscendi locus sit in his obligationibus, quæ ex maleficio nascuntur, ut & amplius dicere nobis constitutum est in ea parte, in qua de damno dato agitur. Sed sit sane initium & caussa de his agendi ex maleficio & obligatione. Finis certe summus huius obligationis & actionis omnis ad hanc partem obtinendam refertur. Pœna enim huc spectat, ut dominis ad incolumitatem rerum suarum obtinendam consulatur. Primum quidem ut rebus integris metu pœnæ deterreantur homines, ne rebus nostris noceant, ne quid damni dent. Tum deinde si contempta pœna nihilominus nocitum erit, sit actio damni sarciendi caussa.

XVII. Tertia dominii pars est, ius [2] utendi fruendi. Et hæc quidem præcipua, & cuius caussa cæteræ quæruntur, alioqui sine hoc iure si semper absit, pœne inutiles futuræ. Quo enim rem possidere, eamque integram, & incolumem, si possessa & incolumi uti frui non licet? Fructu autem constituto id habemus, cuius caussa potissimum res acquiruntur. Ut vere dictum sit a Cicerone Lib. VII. epist. penult. ad Curium, *id proprium esse cuiusque, quo quisque fruitur atque utitur.* Hoc enim ita est, si emolumentum & finis dominii spectatur.

XVIII. Ne res testimoniis iuris egeat usumfructum dominii partem esse hæ sententiæ veterum docent. Illæ Papiniani: *Usufructus etsi in iure, non in parte consistit: emolumentum tamen rei continet*, ut fundo legato ac proinde dominio rei, etiam ususfructus quanvis forte alienus sit, sequatur & contineatur legato. *L. Mævius. 66. §. penult. D. de legat.* 2. Item, ususfructus portionis fundi instar obtinet eodem sensu. *L. cum filius. 76. §. dominus. D. eod.* Et quod a Iuliano dicitur in *L. qui usumfructum. 58. D. de verb. oblig.* eum *qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similem esse ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum.* Dixit Iulianus *similem*, non *eumdem:* quia re vera ususfructus fundi pars non est. Fundus enim corporalis res est; ususfructus incorporalis. *Institut. de reb. corp. & incorp.* Sed ideo hic similis, quia qui fundum stipulatur, idem stipulatur fundi dominium & proprietatem. *L. ubi autem. 75. §. ultim. D. de verbor. obligat.* Dominii autem, id est, eius totius, quod in stipulationem deductum erat, pars est ususfructus. Licebat statim uno loco uti pro omnibus, id est, *L.* 4. *D. de usufruct.* Ubi aperte [3] *ususfructus* dicitur *pars dominii* esse; nisi illic adii-

2) Uti autem re nostra possumus etiam cum incommodo alterius, *L. altius 15. Si serv. vind. L. 9. de servit. urb. & simil.* modo id fiat ad commodum nostrum, nec ad æmulationem ad damnum alterius *L.* 2. *§.* 12. *de aq. pluv. arc.* vid. Vasq. 1. *Contr. usufruct.* 4. *n.* 3. *&* 4.

3) Ita & Mercer. *in Conciliatore p. m.* 710. Usumfructum si pro iure sumitur, quod cuique in re sua est, partem dominii esse. Et Hotom. 3. *Obs.* 22. distinguit inter usumfructum merum, vulgo formalem, ius divulsum a substantia, seu corpore prædii, quod substantiæ pars dici nequit,

adiiceretur: *in multis casibus*. Quod de generali definitione, quam de hac parte posuimus, multum detrahere videtur. Sed nihil hic repugnans. Nam quod dicimus usumfructum, & superiora, itemque inferiora partes esse dominii; semper cum hac exceptione intelligi volumus, quæ est in definitione dominii, nisi quid dominus his de rebus statuere iure prohibeatur. At plerumque usufructus dominio detrahitur. Separatur enim sæpe a proprietate, ut apud alium sit usufructus; apud alium proprietas. *§. 1. Inst. de usufr.* Quod cum sit; apparet usumfructum dominii partem non esse. At ubi usufructus a proprietate separatus non est, vere generaliter definiemus usumfructum esse dominii partem, ut qui dominus sit proprietatis, idem sit & usufructus; habeatque eam, quæ dicitur plena proprietas. *§. ult. Inst. de usufr.*

XIX. Et adeo natura sua usufructus dominii pars est, ut ubicumque vel lege vel testamento, vel pactionibus id agitur, ut fundus, ac per hunc dominium fundi in aliquem transferatur; nec usufructus nominatim exceptus est: toties fundi & dominii rei appellatione etiam usufructus intelligatur contineri. Hinc, constituta actione ob evictionem partis, *L. 1. D. de evict.* placet usufructu fundi venditi evicto, emptori actionem esse ob evictionem. *L. si ab emptore. L. vaccæ. D. eod.* Hinc, si uni fundus aut proprietas fundi legata sit; alii eiusdem fundi usufructus: placet ambos in usumfructum concurrere, esseque inter eos de usufructu ius accrescendi. Quod ius nisi inter eos, quibus eiusdem rei usufructus legatus est, esse non potest. 4 *L. si alii. D. de usufr. leg. §. ult. D. de usufr. accresc.* Item fundo legato, cuius usufructus alienus erat, non putatur heres satisfacere legato, nisi & usumfructum legatario dederit. *d. L. Mævius. 66. §. penult. L. cum filius. 76. §. dominus. D. de leg. 2.* Sed & inter contrahentes si quis fundum se daturum promiserit; non videtur dedisse, si desit usufructus. *d. L. qui usumfructum. 58. D. de verbor. oblig.* Sed & fundo promisso si creditor de usufructu eius fundi fideiussorem acceperit; placet 5 fideiussorem recte datum videri, quasi datum de ea re quæ & ipsa promissa esset. *L. si a reo. §. si reo. D. de fideiussor.* Nam alioqui datus esset inutiliter. *§. fideiussores. Inst. de fideiuss.*

XX. Qui fit igitur, ut qui fundum stipulatus est, si usumfructum postea accepto ferat, inutilis sit stipulatio? *L. & per iusiurandum. §. illud. D. de acceptilat.* Usufructus, inquies, non est pars fundi: Qui autem accepto facit, vel totum, vel partem eius, quod stipulatus est, debet accepto facere. *d. §. illud.* Esto, ne sit pars fundi. At est dominii, ut volumus: qui autem fundum stipulatus est, etiam stipulatus est dominium fundi sibi dari: quamobrem & eum diximus usumfructum quoque fundi sibi stipulatum videri. Si, fundo promisso, usufructus habetur pro parte eius, quod promissum est, cum de obligando reo agitur: quidni habeatur & tunc

quit, & mistum, vulgo caussalem, qui in toto inest, ac partis nomen obtinet, & *ad L. 27. §. 8. de pact* & ad *L. 2. C. de usufr.* ubi scribit Usumfructum confusum, sive mistum habere se ad dominium, sicuti pars principalis ad totum; animus ad hominem; area ad domum: per *L. 10. L. 19. de us. leg.* Ad proprietatem, ut pars principalis ad minus principalem; animus ad corpus; solum ad ædificium. Cuiac. ad *L. 27. §. 8. de pact.* & ad *L. 25. de V. S.* nec partem esse, nec speciem, sed quia omne rei emolumentum continet, partis dominii instar & effectum quandoque obtinere. Quod secus est in servitute prædiaria; dominium plenum est, servitute licet imposita, non est, abscedente usufructu, & A. Fab. 15. *Coniect.* 5 *pag.* 189. & fere Rad. Forn. 2. *Rer. Quotid.* 13. Vigl. *in §. alienus (est autem vers. in §. pr.) I. de her. inst.* Partem esse dominii, in iis rebus, in quibus fructus est in corporum perceptione, ut in agris; ibi fructuarium partis dominum esse: non in ædibus, quod refellit Pinel. *ad L. 1. Cod de bon. mat. P. 3. n. 3.* Atque ita Viglius, quod probandum non videtur, accipit *L. 4. de Usufr. & similes* de Usufructu separato, qui servitus est, uti & Vult. *in pr. I. de Usufr. n. 8.* Est pars dominii, scribens, non quod dominium ex eiusmodi partibus constet, sed propter rei fructuariæ commoditates, quas fructuarius haud secus ac dominus percipit, & Goedd. *ad L. 25. de V. S. & Pinel. d. loc. n. 4* qui vult dici partem dominii in multis casibus, quod habeat similitudinem dominii, cum multa fructuario concedantur, quæ vero dominio conveniunt, quomodo & Io. del Castillo, *Quotid. Contr. de Usufr. C. 32. n. 6. & seqq.* ac fere Rob. 3. *Sent.* 18. *p.* 359. quia fructuarius ex parte dominandi ius habeat, quoad fructuum perceptionem. vid. & Bronch. 1. *Asser.* 86. Goth. *ad d. L. 4. de Usuf.*

4) De qua vid. Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 5. Io. Suev. *Lib. 2. de iure accresc. C. 2. sub fin.* In eadem lege vocula *vel* lineis inclusa, quam, quod a manuscriptis absit, delendam censent Cuiac. *ad L. 27. §. 8. de pact* Hotom. 3. *Obs.* 22. Fomer. 2. *Rer. Quotid.* 23. quæ tamen facile salvari potest.

5 Dissent. A. Fab. 15. *Coniect.* 8. qui in *d. §. 2.* decisionem in verbis *sed cum usufructus &c.* contendit non esse Caii, sed Triboniani & compositorum, quorum ineptam esse dicit & repugnantem rationem. Nam si usufructus *ius fundi*, utique, ait, non erit *pars* eiusdem *L. 25. de V. S.* Quare fideiussione, uti in aliam rem acceptus non obligatur. Sed quid quæso impedit, quo minus voluntatem manifestam contrahentium potius sequamur, quam scrupulosam hanc verborum subtilitatem? Quidni & hic casus esse possit inter eos, in quibus, (si omnino daretur Fabro non esse partem) partis effectum obtineat usufructus. Dicit Faber *eod Cap.* quod ex pacto de non petendo fundo detur exceptio contra petentem usumfructum, fieri ex interpretatione pacti potius, quam vi verborum. Idem & hic dicere debuerat potius, quam, quæ res pessimi exempli, compositores convitiis incessere, & dum illos corruptionis arguit, ius corrumpere. Sed immo assentior nostro usumfructum coniunctum partem statuenti. Et ratio ICti non inconcinna est. Nam cum fideiussio in usumfructum ambigua sit, ac possit accipi tum de usufructu coniuncto, qui *pars rei*, tum de separato qui, *proprium quiddam*; accipitur de priori ut actus valeat potius, quam pereat.

tunc, & quidem multo magis, cum agitur de reo acceptatione liberando: cum ad liberandum procliviores esse debeamus? *L. Arrianus. D. de obligat. & action.* Non fit hoc alia ratione, quam quod ususfructus *fundi promissi* verbo continetur, ut posuimus: tantum abest: ut hæc species superiori sententiæ adversetur. Fundi enim ususfructu accepto lato, manet semper fundi & dominii stipulatio, qua manente, vi verborum necesse est adhuc sequi usumfructum; postquam his verbis usumfructum contineri diximus. Dici etiam potest subtilitatem iuris, quæ in acceptilatione spectatur, id facere, ne alius rei pars accepto ferri possit, quam quæ res nominatim deducta est in stipulationem. Proponitur autem fundus esse promissus nominatim. Cuius [6] partem usumfructum non esse constat, etiam si maxime sit pars dominii. *L. recte. D. de verb. sign.*

XXI. Hæc sententia de ususfructu cum superioribus casibus confirmetur; & plures casus similes incidere possint: neque tamen idem eveniat semper: bene illud dictum est usumfructum *in multis casibus* partem dominii esse. Nos generaliter dicemus, nisi aperte excipiatur, semper eius partem esse, proinde ut partem in toto eo contineri. *L. in toto, D. de reg. iur.* Quid sit uti frui, quid ususfructus, postea separatim in servitute ususfructus dicemus.

XXII. Postquam ususfructus dominii pars est, eoque & domini ius in re sua: quomodo & hoc ius tueamur, videamus. Et tuitio iuris ita est, ut sunt impedimenta, quæ utenti obiiciuntur. Quominus quis possessionem rei suæ retinens ea re utatur fruatur, prohibetur aut vi & manu, aut opere facto. Vi & manu, veluti si quis me in meo libere versari, agrum arare, fructus colligere, aut avehere, in meo solo ædificare prohibeat, qualia facta describuntur in *L. qui pendentem, D. de act. emt. L. 3. §. 2. & 3. D. uti poss.* Opere facto, veluti inferendo quid in meum, ut fimum, aut rudera, item fodiendo, ædificando; qualia facta proponuntur in *L. vim facit, D. de vi.* Utriusque rei nomine adversus eum qui nos nostro uti prohibet, sunt communes hæ tres actiones. Prima negatoria de servitute, per quam negemus, ei ius esse id in nostro invitis nobis facere. *L. 2. in princ. L. sicut, §. Aristo, D. si servit. vind.* Altera, interdictum *uti possidetis*, quæ duo remedia in hac re coniunguntur in *d. L. sicut, §. Aristo. si servit. vindic.* Et recte: nam interdicto *uti possidetis* id agitur, ne quis possidenti vim faciat, quominus uti possidet, ita possideat. *L. 1. D. uti possid.* Is autem vim facit, quominus ita possideam, qui quovis facto me prohibet uti re possessa, ut volo. Unde & interdictum ex hac caussa. *d. L. vim facit, D. de vi. d. L. 3. §. 2. & 3. D. uti poss.* Tertia est actio iniuriarum, quam placet adversus omnes competere, qui nos, ut rebus publicis & omnium communibus; sic privatis nostris uti prohibent, ut pute imminuta eatenus libertate, quæ est civium Romanorum in rebus. *L. qui pendentem, D. de act. empt. L. iniuriarum, §. si quis me. D. de iniur.* Adversus opus autem, quo facto nobis usus rei nostræ liber non relinquatur, hoc amplius propria remedia sunt illa, quæ paulo ante ob damnum his rebus datum esse diximus: adversus futurum, operis novi nuntiatio; adversus præteritum, interdictum quod vi aut clam factum est. *d. L. 1. §. 1. D. de oper. nov. nunt.*

XXIII. Quarta dominii pars in eo est, ut quamvis re nostra possidentes non utamur: tamen liceat ab eius usu arcere, quos velimus. Hoc est, quod dicitur, si quis in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, posse eum a domino, si is præviderit, iure prohiberi, ne ingrediatur. *L. 3. D. de acq. rer. dom. §. feræ. Instit. de rer. divis.* Eodemque pertinet illud *L. Divus. D. de servit. inst. præd.* non esse æquum, quemquam in alienis prædiis dominis invitis aucupari. Quid ergo, si quis, contempta prohibitione, nihilominus ingredi velit, aut etiam ingrediatur, & ibi venetur, aucupeturve, aut aliud quid faciat?

XXIV. Adversus hanc iniuriam remedia hæc sunt: Ingredienti manu obstare possumus: Si vim facit, licet omnibus legibus vim vi propulsare, dum adhibeatur moderatio inculpatæ tutelæ. Quæ nominatur in *L. 1. C. unde vi.* Inculpatam autem tutelam iam ante dixi esse, cum quod fit adversus vim illatam, *tuendi tantum nostri caussa fit, non etiam ulciscendi.* d. L. scientiam, §. *penult. D. ad leg. Aquil.* Quod si quis nihilominus sit ingressus: licet adversus eum *iniuriarum* experiri, ut qui nos re nostra uti prohibeat. *arg. in d. L. qui pendentem, de act. empt. L. iniu-*

6) Partes enim fundi similares, eiusdem cum toto naturæ & nominis A. Fab. 15. Coniect. 8. Goth. ad L. 4. D. de usufr. Male itaque Cuiacius, & alii pro iisdem hæc habent: partem fundi & dominii.

iniuriarum, §. *si quis me*. *D. de iniur.* Nec quisquam dixerit in eo usum & fructum rei nostræ nobis non impediri, quia alioqui re nostra usuri non fuerimus. Rei enim fructus & lucrum est, beneficium ex ea conferre in alium, atque hoc modo beneficii debitorem acquirere. *L. si pignore*. 54. §. 1. *D. de fur.* Quo fructu nos privat, qui invitis nobis re nostra utitur.

XXV. Postrema dominii pars est ius alienandi, deminuendive. In quo potestas de re statuendi maxime cernitur. Continet hoc ius duo: Primum ut liceat domino, ut videtur, rem a se alienam facere, seu emittere e potestate & dominio suo: Tum si nolit rem suam in quemquam transferre, ne [7] cogatur. Nam si cogeretur: huic alienandi necessitas constituta esset; non ius & facultas. Contraria sunt autem, necesse habere aliquid facere; & iure posse, quoniam qui iure potest, idem potest & non facere, potestate cuivis facta iuri suo renuntiandi. *L. sæpe*. *L. generaliter*, *D. de off. præsid. L. pen. C. de pact.* Emittitur res e potestate domini, & quod idem est, alienatur, aut in alium transferendo, aut servos manumittendo; aut pro derelicto habendo. Hæc ita sunt dominii propria; ut quivis dominus possit, quem ius non prohibeat; & solus possit, qui est dominus. Primum licet cuivis domino rem suam in alium transferre, ut videtur, vel vendendo, vel permutando, vel etiam gratis, & donando. Hoc est, quod dicitur, *nihil tam conveniens esse naturali æquitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*. §. per traditionem, *Inst. de rer. divis. L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *D. de acq. rer. dom.* Atque ut dominus potest rem suam transferre in alium: sic solus dominus potest; aut cui dominus permisit. *L. traditio*, *d. L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *L. non est novum*, *D. de acq. rer. dom.* Servum quoque manumittere potest, qui lege nominatim non prohibetur: præter dominum nemo. *L.* 3. *L.* 4. *C. de iis qui a non dom. manum.* Sed & rem suam quisque sic abiicere potest, ut pro derelicto habeat: quo facto, & res eius esse definit; & fit nullius; eoque & occupanti conceditur. *L.* 1. *D. pro derel.* §. *ult. Inst. de rer. divis.* Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecit, ut id in numero rerum suarum esse nollet: *d.* §. *ult. Inst. de rer. divis.* de qua definitione dixi supra in rebus nullius, quæ dominos habere desierint, Lib. IV. C. XIII. Etiam illud alterum maxime est in iure domini circa alienandi potestatem, si non libet ei rem alienare, ne cogatur invitus. *L. invitum*, *C. de contr. empt.*

XXVI. Adversus utramque hanc facultatem etiam sua impedimenta sunt, & vis. Ideo & adversus hæc, utriusque iuris tuendi caussa remedia constituta. Quominus possit quis rem suam in alium transferre, ut vult, impeditur sæpius alterius detentione. Cum enim res abest, quæ ab alio tenetur: non potest dominus rem alii tradere, ut vult, & ut is, qui quæsitam vult, desiderat. Is enim vult, rem sibi vere & naturaliter tradi, ut habeat, ut teneat, fictitia & imaginaria traditione non contentus. Id autem dominus, qui rem in potestate non habet, præstare non potest. Adversus hoc incommodum eadem illa remedia sunt, quæ dominis non possidentibus proposita esse diximus ad res suas recuperandas, earumque possessionem obtinendam; vindicatio, & conditio furtiva, aut deiecto interdictum *Unde vi*. Ut autem quis invitus rem transferat, duobus modis adduci solet: metu, aut dolo: Metu, cum quis, puta metu mortis, aut cruciatus corporis illato, cogitur rem suam vendere, aut donare: Dolo, cum fallacia & mendacio alterius inducitur, ut velit transferre, quod si non erraret, translaturus non esset. Metu extorta alienatio rescinditur, restituiturque actione: Quod metus caussa. *L.* 3. *L. non interest*. *L. si donationis*, *C. de his quæ vi met. caus. gesta sunt*. Dolo expressa: actione de dolo. *L. si legatarius*, *D. de dol.* Quibus de restitutionibus suo loco dicetur, cum ad futuram actionem instituendam agetur de in integrum restitutionibus.

XXVII. Has omnes partes domnii videntur veteres inclusisse his duabus partibus summis, *fructu* & *mancipio*, seu possessione, & ut hæc verbis græcis melius exprimuntur, [8] χρῆσιν, καὶ κτῆσιν. Sic enim Curius in epistola ad Ciceronem Lib. VII. epist. ius rerum in persona sua partitur: & Cicero respondens eamdem divisionem confirmat. Neque hæc vitiosa divisio est, si quis subtiliter rem expendat. Nam κτῆσιν, seu possessio dici potest incolumitatem rei continere, cum si quid vitiatum est, quatenus

7) *L.* 70. *de R. V. L.* 16. *C. de l. de lib.* Casus tamen speciales, quibus quis cogitur vendere, notant Goth. *ad d. L.* 11. Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 22. Fab. de Monte *Tr. de Emptione Q.* 3. *princip. n.* 38. *&* 2. *seqq.* Covar. 3. *Var. Resol.* 14.

8) χρῆσιν habere dicebatur, qui dominium bonitarium, κτῆσιν qui Quiritium nudo iure dominus, vid. Ræv. 2. *Var.* 12.

nus tale eſt, non videatur, tale poſſideri, quale fuit prius. Fructus autem atque uſus rei diei poteſt includere cætera, quæ ſequuntur; Primum poteſtatem prohibendi cæteros ab uſu rerum noſtrarum, quoniam & hæc prohibitio quodammodo uſus noſtri pars eſt: Deinde etiam alienationem; quoniam qui alienat, hoc ipſo re ſua utitur; & ſi pretium inde percipit, etiam re ſua frui videtur. *L. non utitur*, in fin. & *L. quia*, *ſeq. D. de uſufruct.* Sed hæc ita ad ſuperiores partes referri poſſunt ſubtili magis ratione, quam explorata. De plerisque certe num iſtis partibus contineantur, dubitari poteſt. Nos certitudinem præceptionis efficere voluimus. Quod ſecutis melius eſſe viſum eſt, partes ſingulas diſerte exprimi, ut fecimus, ne quid eſſet dubitationis: & dare operam, ut res traderetur rudius fortaſſe; attamen planius, iuxta proverbium, [illegible].

CAP. X.

Non ſemper omnia dominis licere in re ſua. Iura, quæ dominii eſſe diximus, ſæpe imminui. Quæ ſit hæc imminutio: ac primum de interdicta quibuſdam dominis alienatione: Quibus, Quarum rerum & Quatenus interdicta.

Iura dominii omnia dominorum eſſe quandiu a legibus non minuuntur. Duo talis imminutionis genera, & quæ. I.

Iura dominii quædam in totum detrahi dominis; quædam quoad uſum & commoditatem rei tantum imminui. II.

Detrahi facultatem alienandi, cum dominis interdicitur alienatio. III.

Tribus alienationem modis interdici. IV.

Teſtamento. *Qui ſit huius interdictionis effectus; & quas cautiones exigat in teſtatore.* V.

Conventione. *Quatenus hæc prohibitio differat a ſuperiore. Et quare rata maneat, etiam ſecuta manumiſſione conventio:* ne ſervus manumittatur. VI.

Lege. *Quæ huius prohibitionis pœna. Iuſtæ interdictionis huius cauſæ ſeu genera totidem ſeu perſonarum, ſeu rerum & perſonarum bono a lege inducta quatuor.* VII.

1. *Solius domini bono interdicitur non uni perſonarum generi omnis indiſtincte alienatio; uni & certo generi ſola donatio. Utriuſque generis qui.* VIII.

Ex priore genere alienare vetiti, qui aut adminiſtrandæ rei ſuæ ſunt inhabiles *aut* minus idonei. IX.

Inhabiles: *furioſi, mente capti, infantes. Cur his legis prohibitio minus conveniat.* X.

Minus idonei, & *proprie alienare vetiti a lege.* XI.

Prodigi, & quare. XII.

Item pupilli. Hi ſine tutoris auctoritate nihil; quædam nonniſi accedente decreto magiſtratus; (quæ decreti forma ſervanda) nonnulla ſine decreto auctore tutore, alienare oratione Severi *permittuntur.* XIII. XIV. XV. XVI.

Item adoleſcentes, ſeu minores, & hi eadem fere, qua pupilli, conditione. Quatenus differat utroruṅque conditio. XVII.

Item cæci, muti, ſurdi, & perpetuo laborantes morbo. Qua hi ex parte differant a minoribus. XVIII.

Item Eccleſia. Quæ huius prohibitionis ratio. Varia pro diverſitate Eccleſiarum prohibitionis forma, cuius integra cognitio ex Novellæ 120. *Lectione auctoris ſuaſu petenda.* XIX.

Item filiifamilias, & quare. Hi quæ bona alienare nequeant, & quatenus. XX.

Quarum perſonarum bono, licet idonearum, *ſola, ſed quæcumque tamen inter eas donatio lege interdicta.* XXI.

2. *Rei ſimul & domini bono alienatio interdicitur.* XXII.

Fundi dotalis: & cuius gratia. XXIII.

Item immobilium donatorum propter nuptias. XXIV.

Item rei litigioſæ. XXV.

Quos afficiat prohibitio alienationis rei litigioſæ: qua alienantes pœna obligentur. XXVI.

Quando alienari poſſit impune; & quid ſit, & quomodo Iure novo *fiat res litigioſa.* XXVII.

3. *Civitatis & reipublicæ bono interdicitur*

citur alienatio 1. *Materiæ, destructarum Ædium. Quatenus, & qua de causa, & quæ violatæ interdictionis pœna.* XXVIII.
2. *Rerum, quibus reipublicæ hostes iuvcutur. Quæ illæ sint, & quæ alienationis pœna.* XXIX.
Ipsius Curiæ bono interdicitur Curialibus immobilium & rusticorum mancipiorum venditio. XXX. XXXIII.
Permittitur illis tamen cæterarum rerum alienatio: itemque superiorum rerum permutatio & donatio, & cur tam varie. XXXI.
Excipitur repudiatio, aut alienatio hereditatum & donationum paternarum, & quare. XXXII.
Cur ad hæc interdictionis genera nec capitali crimine damnati, nec Rei Maiestatis, nec Manichæi, aut Donatistæ pertineant. XXXIV.
4. *Ipsius rei seu hominis integri servandi gratia servi Eunuchi interdicitur alienatio.* XXXV.
Alienationis appellatione, cum de illius interdictione agitur, non dominii translatio dumtaxat, sed & quælibet in re nostra alieni iuris impositio comprehenditur. XXXVI.
Item nec alienationes necessariæ, & quæ habent recensitis interdictionum generibus antiquiorem causam, minime comprehenduntur; & quare. Exceptionis huius exempla. XXXVII.

I. HÆc iura, quæ dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cuiusque, & solius domini, nisi si quid in his imminuatur iure, ut in definitione dominii posuimus. Ex his vero quædam iure imminuuntur. Imminutio genere duplex. Quædam enim sic adimuntur domino, ut non transferantur ad alios: quædam ideo, quia in alios conferuntur. Quæ transferuntur ad alios, ea sunt iura, quæ dicimus cuique competere in rebus alienis. De quibus postea post dominorum iura suo ordine dicetur. Nunc de dominorum iure solum quærimus.

II. Et quæ non translata ad alios minuuntur dominis, ea quoque minuuntur dupliciter. Alias ita, ut in totum dominis detrahantur, ut alienandi potestas. Alias ita, ut cum dominorum maneant, ipsa commoditas & libertas utendi nonnihil imminuatur, ut accidit in rebus communibus propter communionem.

III. Quæ ex universo superiore iure non translata ad alios detrahuntur dominis, eorum species dumtaxat una est ea, quam dixi, rerum alienatio, seu alienandi deminuendive potestas. Hæc plerumque dominis adimitur, interdicta his rerum alienatione. Interdicitur dominis alienatio omnis aut testamento, aut conventione, aut lege & iure ipso. Testamento, cum testator rem, quam legavit, vetat alienari.

IV. Hæc interdictio ita iure rata est, ut inhibeat alienationem. Placet enim eum qui vetitus est alienare, quanvis dominus sit rei legatæ, tamen alienando dominium in accipientem non transferre, sed re in alium collata transferendi caussa, esse fideicommissi persecutionem iis, quorum caussa alienatio erat interdicta. *L. peto.* 69. §. *ult. L. cum pater.* 77. §. *libertis. D. de leg.* 2. Quod si hoc nomine fideicommissi persecutio est, erit etiam eodem nomine in rem actio adversus quoscumque possessores, legatis & fideicommissis hac quoque parte exæquatis. *L.* 1. *L.* 2. *C. com. de legat.* Nec vero potest persequenti esse in rem actio, nisi sit dominus: *L. in rem. D. de rei vindic.* nec potest dominus esse alia de caussa, quam quod dominium [1] non transiit in accipientem. Alioqui eveniret eodem tempore, ut eiusdem rei dun domini essent in solidum, quod ius non patitur. *L.* 5. §. *ult. D. com.* Vis interdictionis ex lege duodecim tabularum, quæ uti quisque legaverit de re sua, ita ius esse iubet. *L. verbis. D. de verb. sign.* Sed tamen visum est hanc prohibitionem testatorum hactenus servandam esse, si caverint testamento, cur alienari nolint, & quorum caussa, ut apud eos possit res manere. Veluti, si petant ne res alienetur, sed ut maneat in familia vel libertorum, vel agnatorum, vel similium. Ubi autem non inveniatur persona, cuius respectu hoc a testatore cautum sit, nullius momenti esse prohibitionem, quasi nudum præceptum. *L. filiusfamilias.* §. *Divi.* 2. *D. de legat.* 1. De quo in legatis suo loco diximus, Lib. superioris Cap. 28.

V. Conventione interdicitur alienatio, cum quis, exempli gratia, donat alicui rem suam ea lege, ne alienetur, aut ne perveniat ad certas personas. Hæc prohibi-

1) Ita & Vaud. 1. Q. 43. *n.* 9. & 10. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 11. An prohibitio alienandi transeat ad heredem heredis, vid. idem *d.* §. 1. *Gl.* 6. *n.* 19. & *seqq.*

hibitio distat a superiore. Valet enim conventio: sed non eo usque, ut obstet alienationi. Nam qui hac lege accepit, ut dominus factus est traditione, ita rem vendendo, aut donando, aut similibus caussis tradendo rem in accipientem transfert. Solum adversus eum donatori actio est, aut conditio ob caussam dati, caussa non secuta; aut si stipulatio, ne res alienaretur, intervenit, actio ex stipulatu in id, quod stipulatoris interest. *L. ea lege. C. de cond. ob cauſſ. dat. L. si ita quis promiserit.* 135. *§. ea lege. D. de verbor. obligat.* Et hoc est, quod dicitur in *L. nemo. D. de pact.* neminem pasciscendo efficere posse, ne domino rem suam alienare liceat. De quo genere disserui fusius ad *d. L. si ita quis. §. ea lege de verb. oblig.* Quibusdam tamen in caussis, re ob caussam data, si ea a possessore alienatur, ac deinde caussa non sequatur: placet ei, qui dedit, utilem in rem actionem dari, quasi re non alienata. Quas caussas require ex his, quæ de repetitione ob caussam datorum, infra scripsimus. Sed hæ caussæ certæ & paucæ sunt. Sed & in his ipsis conventione superiore non impeditur ipso iure alienatio, ut apparet ex utili in rem actione, quam solam, re alienata, in hac specie dari, diximus. Ita fit, ut ipso iure recte in universum dicatur, conventione non inhiberi alienationem rei in alium translatæ.

VI. Una conventio excipienda est, si quis servum suum vendiderit, donaverit, ea lege, ne manumittatur. Placuit hanc conventionem ita servari, ut adversus eam servus manumissus ad libertatem pervenire non possit. *L. pen. C. si mancip. ita fuer. alienat.* Mirum prima fronte hoc adversus libertatem ipsam tam severe constitui, quod in cæteris rebus non servatur: cum libertas omnibus rebus sit favorabilior, ut est regula iuris. *L. libertas omnibus, D. de reg. iur.* Sed apparet constitutum id esse dominorum caussa, ut huius pœnæ metu contineantur servi in officio, caventes admittere, quo irritati domini eam pœnam adversus ipsos statuant.

VII. Lex ipsa ubi alienationem prohibet, ibi demum citra controversiam prohibitio rata est: ut adversus prohibitionem nihil possit transferri. *L. Iulianus, D. de curat. furiof.* & al. Et generaliter ea est auctoritas legis, ut ei omnes, qui in civitate sunt, parere debeant. *L. 2. D. de legib.* non parentibus autem sit hæc pœna, ut quidquid fit contra, quam lex vetat, pro infecto fit. *L. non dubium, C. de legib.* Interdicitur autem lege quibusdam dominis rerum suarum alienatione iustis de caussis. Caussas hic intelligimus fines legi propositos, propter quos videatur utile & consultum esse alienationem dominis interdici. Earum caussarum quatuor sunt genera. Nam aut id agitur interdictione, ut dominis ipsis ea re consulatur; aut ut dominis simul & rei alienari prohibitæ; aut ut aliis, puta reipublicæ, cui nocitura videatur alienatio privata; aut ut rei ipsi, quæ vetatur alienari. Atque hinc totidem ordines eorum, quibus alienatio ex his caussis est interdicta.

VIII. Primus ergo ordo est eorum, quibus lex in hac interdictione consultum voluit, dum his ideo interdicit, quia non expedit eis alienationem ipsis permitti, alioqui in res suas, aut seipsos male consulturis. In his quidam sunt, quibus interdicitur cuiusvis rei alienatio: quidam, quibus sola donatio. Prioris generis sunt, qui res suas administrare non possunt. Posterioris coniuges, quanvis alioqui ad res recte gerendas idonei.

IX. Qui res suas administrare non possunt, eorum quidam sunt, quibus natura in totum omnem administrandi facultatem adimit; quidam, quibus idoneam.

X. Natura omnem rerum gerendarum facultatem adimit furiosis, mente captis, infantibus. Quam ob caussam & his satis sua sponte alienandi potestas adimitur. Etenim rem suam in alium transferre, servum manumittere, rem pro derelicto habere, omnia sunt eiusmodi, quæ voluntate constent & affectu. Furiosi autem & mente capti nulla voluntas est. *L. furiosi, D. de reg. iur.* ac ne infantis quidem, quæ quidem satis sit ad alienandi cogitationem. *§. pupillus, Inst. de inut. stip.* Ideo istos nihil gerere constat. *L. in negotiis, D. de reg. iur. d. §. pupillus.* Sed si vere iudicare volumus, non tam his dicenda est alienatio interdici, quam in his nullam esse posse alienationem, utpote his voluntate ad alienandum destitutis. Inter quæ plurimum interest. Nam nec dormientes domini, aut rem suam esse ignorantes alienare possunt, quia velle non possunt. Neque tamen propterea dicimus his alienationem interdici.

XI. Proprie & vere lex iis interdicit alienationem, quos cum velle possint, aut velle posse aliquo modo videantur, tamen lex non patitur alienare. Quo in genere sunt, quibus lex ob periculum malæ administrationis prospectum voluit; atque in his hæ species sex dominorum: prodigi; pupilli; adolescentes; qui morbo aut vi-

tio aliquo corporis impediti rebus suis superesse non possunt; ecclesia; filiusfamilias.

XII. Prodigis interdicitur bonis, id est, bonorum administratione & alienatione. Nempe bona sua dilacerando & dissipando profundentibus, nisi occurritur. *L. 1. L. Iulianus, D. de curator. furios. & al.*

XIII. Interdicitur alienatio pupillis. Et quidem sine tutoris auctoritate ita, ut nullas res hoc modo alienare possint. *§. nunc admonendi, Inst. quib. al. lic. vel non. L. obligari, D. de auct. tut.*

XIV. Sed etsi accesserit tutoris auctoritas, non continuo tamen his alienatio procedit. Quædam sunt res pupillorum, quæ ad alienationem decretum magistratus desiderant, ut ex decreto alienari possint, sine decreto non possint. In ea caussa ex oratione Severi, quæ de hoc genere interdictionis est, & exstat in *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* fuerunt olim prædia tantum rustica & suburbana, item mancipia rustica, ut indicat *L. lex quæ. in pr. C. de adm. tut.* Hodie ex constitutione Constantini *d. L. lex quæ.* res omnes pupilli immobiles: sed & mobiles, quæ servando servari possunt.

XV. Decernere dicitur in hac caussa magistratus: cum is caussa cognita permittit, ut alienare liceat. *L. magis, §. si æs alienum, D. de reb. eor.* Itaque exigit huiusmodi decretum hæc tria: primum ut sit iusta caussa alienationis. Deinde ut magistratus in eam inquirat, & cognoscat. Postremo, ut re cognita alienari permittat. Quæ ita fere ad explicationem huius decreti comprehensa sunt in *d. L. lex quæ. in pr. C. de admin. tutor.* In hac permissione iubetur magistratus æstimare pro sua religione, id est, prout ipsi ex fide, & commodo pupilli faciendum videbitur, æstimare, inquam, quæ possint alienari, obligarive debeant. *d. L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* Permittendæ autem alienationis caussa hæc est eadem oratione expressa, si æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi.

XVI. Sine hoc decreto interdicitur etiam tutoribus ipsis & curatoribus, ne res distrahantur: præterquam tribus in caussis eadem oratione comprehensis: si ut distrahere liceret, parentes testamento vel codicillis caverint: si communis res erit, & socius ad divisionem provocet, si creditor, qui pignori rem a parente pupilli acceperat, ius exsequatur. Ex quibus prima caussa voluntariam alienationem habet, sed quæ auctoritate testatoris defendatur: duæ posteriores necessariam, & a iure alterius pendentem, quod ius illi propter personam pupilli adimi non potuit. *L. 3. in pr. D. quib. ex causs. in poss. eat.* Reliquæ sunt ergo res cæteræ, quæ alienari possint sine decreti interpositione; eæ nimirum, quæ servando servari non possunt, ut loquitur Constantini constitutio; ut sunt vinum, oleum, frumentum, fructus qui ætatem non ferunt, vestes usu detritæ, aut corruptæ: item animalia supervacua. *d. L. lex quæ. in fin. C. de adm. tut.* Non aliter tamen omnes, quam auctore tutore. *d. §. nunc admonend. Inst. quib. al. lic. vel non.*

XVII. Adolescentum caussa cum pupillis eadem in rebus [a] immobilibus omnibus, itemque mobilibus iis, quæ servando servari possunt, ut nihil earum rerum alienari possit sine decreto, nisi ex iis caussis, ex quibus licet alienare res pupillorum. Nam oratio Severi pertinet non minus ad eos, qui curatores habent, ut adolescentes, quam ad eos, qui habent tutores, ut sunt pupilli, ut ipsa oratione expressum est, *d. L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura.* In cæteris rebus, quæ servando servari non possunt, quas diximus alienari posse cum tutoris auctoritate, dissimilis est adolescentum caussa. Nam pupilli nihil omnium alienare possunt, sine tutoris auctoritate, sive tutorem habeant, sive non habeant. *d. §. nunc admonendi.* In adolescentibus distinguitur: ut si curatorem habent, nihilomagis alienare quidquam possint sine curatoris auctoritate, quam pupilli sine auctoritate tutoris. Si non habent: per se si tradant, iure dominium transferant, sed in integrum restitui possint intra tempora constituta. *L. 3. C. de in int. rest. minor.*

XVIII. Qui propter vitium morbumve corporis rebus suis superesse non possunt, hi sunt; cæci, muti, surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quibus etiam ob hanc caussam curatores dari solent, *§. furiosi. Instit. de curat.* Quorsum bis curator, nisi ut huius consilio res gerantur, nec quidquam in deminuendis bonis, & dominis obligandis ratum sit, nisi quod gestum sit cum curatoris auctoritate? idque recte defenditur exemplo minorum, qui curatorem habentes, hoc ipso quod habent, sine huius auctoritate quidquam alienare prohibentur. *d. L. 3. C. de in int.*

a) Vid. Gomez. 2. *resol.* 14. *n.* 13. Fach. 3. *Contr.* 1. *& seqq.* Beust. *ad L.* 1. *de Iurinr. n.* 241. *& seqq.* late de requisitis ac solemnibus huius alienationis, Menoch. *Arbitr. Cas.* 171.

int. rest. min. Sed hoc mihi videntur isti dictare a superioribus, quod hi curatore auctore omnia recte gerere, id est, & obligari, & res omnes alienare possunt, dummodo maiores sint viginti quinque annis, & intelligant, quod agitur. Decreto magistratus ideo his non est opus ad res alienandas: quia hoc decretum exigitur in rebus minorum, ut indicatur in *d. L. lex quae. in pr. C. de adm. tut.* Itaque licebit hic usurpare Ulpiani illud *ex L.* 3. *§. sed utrum D. de minor.* Lex in hac caussa minoribus auxilium tulit: proinde non maioribus. Et certe quae ratio alienationem sine decreto inhibet in minoribus, ea non eadem est in maioribus. Ita fit, ut caussa & ratione legis cessante, nec legi sit locus. *L. de eo.* 26. & *L. quid enim. seq. D. de iud. L. quod dictum. D. de pact.* Decreti in minoribus exigendi ratio haec fuit, quod minorum iudicium aut nullum est, aut admodum infirmum, quaecumque auctoritas tutoris aut curatoris accesserit, propter imbecillitatem & inscitiam aetatis. Nulla eiusmodi iudicii infirmitas est in maioribus, quamvis alioqui rebus suis superesse non possint. Ut proinde nihil his obstet, quominus voluntate & iudicio rem suam transferant curatore auctore, si quidem de iure suo docti transferre voluerint.

XIX. Etiam Ecclesiae prospectum in rerum alienatione. Est quidem ita ius Ecclesiae, ut quaecumque res iustis modis ei quaesitae sint, earum sit domina: Sed multis capitibus constat ecclesia; difficile est autem omnes in unam sententiam consentire: ut necesse fuerit iis administrationem committi, qui praesunt ecclesiae. Periculose autem constituitur, si bis permittitur alienatio. Sed eo periculosius, quod in primis reipublicae interest bona ecclesiae, si qua sint, recte conservari, unde suppetant sumptus ad ministros Ecclesiae, & pauperes alendos, & ad aedificia divino usui sacra tuenda: quibus usibus ea bona destinata sunt. Ideo rerum ecclesiasticarum, etiam quae sint in bonis & dominio Ecclesiae, alienatio (*) interdicta est Novella Iustiniani 120. *de alien. & emphyt.* Sed 3 varie, nam quibusdam Ecclesiis interdicitur alienatio; quibusdam conceditur. Et quibus denegatur, cum aliquo temperamento denegatur. Alias ut possint necessitate aeris alieni urgente, res obligare pignori: alias etiam ut possint praedia in emphyteusim dare, alias usque ad certum tempus, interdum etiam in perpetuum. Quae omnia qualia sint, melius est ex ipsius constitutionis lectione cognoscere. Haec enim omnia continet, & reformat quae prioribus constitutionibus de alienatione rerum ecclesiasticarum constituta erant, ut Iustinianus initio eius constitutionis praefatur.

XX. De filiisfamilias cautum est eiusdem principis constitutione, ne his liceat in rebus, quarum ususfructus patri acquiritur, dominium earum alienare citra voluntatem eorum, quorum sunt in potestate. *L. ultim. §. filiis autem, C. de bon. quae lib.* Nec quisquam eo fieri putet, quasi non satis filiifamilias sint domini, quia rerum ususfructus est patris. Non enim eo minus res nostra est, quia ususfructus eius est alienus. *L. recte, D. de verb. signific.* Interdicta vero hic alienatio est filiisfamilias, ipsorum caussa, ut declarat interdicendae alienationis ratio addita in constitutione Iustiniani. Cavit enim ideo a se constitutum, ut reprimantur iuveniles calores ruentes plerumque in perniciem suam; & quia cum filiisfamilias a parente ali debeant, nihil necesse est eos ad venditionem & alienationem rerum suarum decurrere.

XXI. Atque hi sunt domini, quibus quaevis alienatio interdicitur ipsorum caussa. Sunt ut dixi, in hoc ordine, quibus ob eamdem caussam interdicitur sola donatio. Hi sunt coniuges, inter quos omnium rerum donatio interdicta est. At quamobrem? Ipsorum, inquam, coniugum caussa, ne his sit venalis amor, & pretio amoris sublato 4 sese mutuo amore spolient, & sic tandem bene constituta matrimonia dissiliant, aut liberorum studium, vel rei familiaris curam omittant. *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *D. de donat. int. vir. & ux.* Ac quatenus progrediatur ea interdictio comprehensum est oratione Antonini, quae exstat in *L. cum hic status, D. eod.* & toto titulo explicatur.

XXII. Secundus ordo eorum, quibus interdicitur alienatio, est eorum, quibus rei

3) Vid. Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 4. *princip. n.* 25. *&* 3 *seqq.* Quae solemnitates & quae iustae caussae alienandi, vid. Menoch. *Arbitr.* Cas. 17 Io. Vinc. Honded. *Vol.* 2. *Cons.* 31. fuse Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr. C.* 54. Ern. Cothman. *Resp. iur.* 30.

4) Plutarch *in Connubial. praecept. & in Probl. Rom. C.* 7. rationem ponit in communitate omnium rerum inter coniuges. Quae philosophica magis, quam legitima. Moribus autem hoc receptum *d. L.* 1. *pr.* Per mores, *ib. d.* & in *L.* 1. *de off. eius. L.* 8. *de his qui sui, vel alt.* intelligit Hotom. 3. *Observ.* 4 LL. Romanorum antiquas, eas opponi scribens LL. novis. Sane mores pro LL. ICtis usurpari autumat Gaspar Schopp. 4. *Verisimil.* 4 exemplis minime, ceu videtur, convenientibus. De donationibus coniugum vid. Scip. Gentil. *Lib.* 4. de hac materia. Gomez. *in L. Taurin.* 50. *&* 3. *seqq. n.* 64. *& seqq.* Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. n.* 208. *& seqq.*

(*) Vid. asteriscus, eiusque nota *ad huius Lib. Cap.* 13. *n.* 10.

rei simul & personæ domini caussa interdicitur. Quod tunc fit, cum dominis interdicitur non omnium rerum alienatio; sed unius alicuius certæ, & quia talis sit, sic tamen: ut id quoque pro commodo domini statuatur. Huiusmodi interdictio est tribus his in rebus; fundo dotali; prædiis propter nuptias uxori donatis; & re litigiosa.

XXIII. Primum in fundo [5] dotali. De quo ita ius est. Maritus, constante matrimonio, dominus est dotis iure civili. *L. dote, C. de rei vind.* Mulier domina existimatur natura *L. in rebus C. de iur. dot.* Sic tamen lege Iulia de fundo dotali primum, deinde post, constitutione Iustiniani prohibetur fundus dotalis alienari, ut neque maritus [6] invita uxore, neque uxor invito marito, neque uterque altero consentiente possit fundum alienare aut pignori obligare. Interdictio constituta, ut apparet, dotis caussa, quandoquidem hæc sola ex rebus domini alienari prohibetur. Sed ita, ut nihilominus constituta sit mulieris caussa, quam ante dominam esse diximus. Huc enim pertinet hanc alienationem interdici, ut dotes mulieribus conserventur, quibus expedit esse dotatas, ut propter dotem facilius reperiant, cui nubant. *L. 1. D. sol. mat.*

XXIV. In eadem caussa & immobilia propter nuptias uxori donata habentur. Rerum propter nuptias donatarum & uxor domina est, ut maritus dotis. Quo nomine utrique vindicatio competit. *L. ubi, C. de iur. dot. Nov. 97. de æqualit. dot. §. illud.* Sed non minus & prædiorum donatorum propter nuptias, æque donatio est interdicta. *Nov. 60. ut immob. antenuptial. donat.*

XXV. Eodem numero est & res [7] litigiosa, quæ & ipsa per se sola alienari prohibetur; verumtamen ita, ut in hac interdictione vindicantis ratio habeatur, ne eius conditio rei alienatione fiat deterior. De ea re ita ius est, ne ab his, qui de ea re contendunt, ullo genere contractus, alienationisve possit in quemquam transferri; *L. 2.* & toto *tit. C. de litig.* Dixi ab iis, qui inter se contendunt. Nam a [8] tertio, qui nullam controversiam patiebatur, potest. *L. 1. D. eod. tit.*

XXVI. Sed & qui alienandi caussa id fecit, quo res alienantur, pœna dupli olim tenebatur. Quam placebat præstari adversario, cum quo lis esset. *L. ult. D. eod.* Quæ & fortasse pœna fuit adversus eum, qui sciens litigiosam emisset. Nam pœna litigiosi adversus hunc nominatur in *L. 2. D. eod.* sed quæ sit, non exprimitur. Hodie adversus emptorem scientem statuitur hæc pœna, non tantum ut cogatur rem reddere, sed etiam eius pretio privetur. Non ut lucro cedat ei, qui alienavit, sed ut etiam altera tanta quantitas inferatur fisco. Adversus eum, qui vendidit ignoranti, hæc pœna, ut pretium emptori restituat, & hoc amplius tertiam pretii partem, utrobique alienatione irrita manente. Hæc in *L. ult. C. eod.*

XXVII. Exceptæ tamen quædam alienationis caussæ, ex quibus placuit etiam rem litigiosam impune alienari posse. Caussæ hæ sunt, si res datæ vel acceptæ sint dotis nomine, vel ante nuptialis donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum hereditariarum, vel legati aut fideicommissi caussa. De quibus nominatim comprehensum est in *d. L. ult. in fin. C. eod.* Litigiosa autem res est, de cuius proprietate est controversia inter aliquos: maxime quidem tunc, cum lis de ea re contestata est: *L. 1. D. de litigios.* sed ex constitutione Iustiniani etiam tunc, cum primum [9] lis mota est, & ad vocationem in ius progressa, quocumque modo hæc vocatio processerit. *Novel. de litigios. auth. litigiosa, C. eod.*

XXVIII. Tertius ordo huius generis est eorum dominorum, quibus aliorum caussa, quam dominorum interdicitur alienatio,

5) Ex lege Iulia, & quidem eiusdem quæ de adulteriis capite aliquo, ut Brisson. *Lib. singul. ad L. Iul. de adult. C. 29. f. ult.* Loquitur autem L. Iulia de fundo inæstimato, qui proprie dotalis. Æstimatus quippe est mariti propius emptionis iure. Nisi sit in arbitrio uxoris dirempto matrimonio, vel fundum repetere vel æstimationem, quia tunc alienari nequit, *L. 11. d. L. 1. C. de fund. dot.* Potest autem si ita, doti dictus, ut æstimationem restituat maritus, vel illi liberum sit fundum aut æstimationem præstare, Cuiac. P. *ad Afr. in L. 9. de fund. dot.* Strictior vero legis Iuliæ prohibitio, quam orationis D. Severi, quæ in quibus conveniant vel discrepent consule Cuiac. 7. *Obs.* 23.

6) Quando tamen æstimatæ datæ, licet convenerit ipsas res restitui, ex consensu vel ratihabitione mulieris valet alienatio *L. æstimatis 50. sol. matr.* Cuiac. 8. *ad Afr. d. loc.* ubi & hodie ex *Novell.* 61. alienari posse censet, si semel ac iterum mulier consenserit, & maritus sit solvendo. Est & exceptio Iuris Canonici. Nisi mulieris iuramento confirmetur, *C. cum contingat 28. de iureiur. C. eod. in 6.* Beust. *ad L. 1. de iureiur. n. 222* Et facta ab uxore, valet soluto matrimonio in præiudicium illius. Tiraq. post *LL. Connub. Gl. 8. n. 100.* vid. & Toming. *Decis.* 31.

7) Vid. Cuiac. in *Nov* 112. Fab. de Monte *de Empt. C. 4. pr. n. 31. & seqq.* Menoch. 2. *Præsumpt.* 97. Hart. Pist. *Lib. 1. Q. 40.* Coler. *de Proc. exsec. P. 2. C. 3. n. 419. & multis seqq.*

8) Et tamen Oldend. *in Progymn. Cl. 4. Act 1. Cap. singularia quædam etc. p. m.* 500. consilium Angeli hac de re calumniosum, & iniquum vocat.

9) Etsi sola citatio subsequuta post preces iudici insinuatas, etiam in particulari iudicio. Quæ sententia communis, Coler. *d. Tr. P. 3. C. 11. n* 19. Licet autem ipso iure alienari nequeant, fieri tamen solet ut expresso iudicis mandato alienari vetentur, quo omnis inscitiæ prætextus præcidatur, Coler. *d. Tr. P. 1. C. 2. n. 147.*

natio, puta civitatis aut reipublicæ caussa. Quod receptum est in his generibus rerum: in materia ex destructis ædibus exempta; in rebus ad iuvandos hostes pertinentibus; in rebus curialium. De materia destructarum ædium ita ius est, ne quis domum, villamve diruat, quo plus sibi acquirat: neve quis negotiandi caussa eorum quid emat, vendatve, pœna in eum qui adversus ea fecerit, constituta, ut emptor [10] duplum eius, quanti emisset, in ærarium inferre cogatur; in eum vero, qui vendiderit, ut venditio si irrita, id est, ne res transferatur; & pretium solutum liceat repetere. *L. senatus, D. de contr. empt.* Hoc totum reipublicæ caussa, ne scilicet ruinis publicus deformetur aspectus, ut est in *L. 2. C. de ædif. priv.*

XXIX. Rerum quoque ad iuvandos hostes pertinentium omnis interdicta est alienatio, quæ in hostes conferatur, nempe reipublicæ caussa, ne hostes rebus nostris adiuventur, quas postea in perniciem nostram convertant. In hoc numero hæc sunt: aurum; esculenta & poculenta; tum arma, & quidquid materiæ est armorum conficiendorum, aut acuendorum caussa. Aurum a barbaris accipere, aut apud eos inventum auferre, quavis ratione concessum est: ad eos transferre, nullis ne mercatoribus quidem licet. Pœna hac addita, ut si quid contra factum erit, non solum damno pecuniario, sed etiam supplicio factum subiiciatur. Hoc in *L. 2. C. de commerc. & mercator.* Sed etsi aurum ab illis accipiamus, tamen ad eos transferre prohibemur etiam periculo capitis, quæ ad victum pertinent, ut frumentum, salem, vinum, oleum, & liquamen omne. *L. cotem, in pr. D. de publican. L. 1. C. quæ res export. non poss.* Sed & [11] arma omnis generis, & quidquid est materiæ, unde arma conficiantur, ut ferrum; aut acuantur, ut cotes ferro subigendo necessariæ. *L. 2. C. quæ res export. non poss. d. L. cotem, in pr. de publ.* Barbaros & alienigenas in constitutionibus superioribus interpretari debemus, qui nec imperio Romano subditi fuerunt, nec P. Romano fœderati, cum quibus videlicet bella gerere solebant Romani, ut intelligi potest ex *Tit. C. quæ res export. non poss.*

XXX. De curialibus, qui sint, & quo iure habeantur, dixi supra Lib. II. Cap. XXI. His hactenus interdicitur alienatio, ne ipsis res immobiles vel mancipia rustica vendere liceat sine decreto magistratus, qui cognoscet, an necessitate rei familiaris cogatur venditor rem distrahere, & ex hac caussa alienationem permittet. *L. 1. L. ult. C. de præd. decur.*

XXXI. Cæterum neque his cæterarum rerum alienatio interdicitur: neque superiorum quidquam præter venditionem. Nam & [12] permutationes immobilium, & quilibet alii contractus, atque adeo etiam donationes his permittuntur. *d. L. ult. C. de præd. decur.* Quod quidem mirum videri potest. Nam permutationem vicem emptionis obtinere constat. Quid enim agitur venditione, nisi ut res cum pretio permutetur? *L. 2. C. de rer. perm. L. sciendum, §. deinde. C. de ædil. ed.* Donatione autem an non maiore damno res alienatur, quam venditione? Nam ex venditione saltem pretium consequitur venditor: ex donatione donator nihil, *L. 1. D. de donat.* Et ideo cui donandi ius est, eidem & vendendi ius esse, regula iuris placuit. *L. cuius est. D. de reg. iur.* Sed distinguendi illa in prohibenda alienatione ratio hæc reddi potest quod, prædiis venditis, facile pretium consumi potest, ut iam neque res alienata, neque pretium inde redactum maneant in bonis curialis; quod non item fit, permutatis rebus, ubi accipitur res alia, quæ non minus mansura sit, quam quæ data est. Quod autem curialibus permittitur rerum donatio potius, quam venditio; eo fit, quia non tam facile homines donant, quam vendunt adducti pretio. Qua ratione factum videmus, ut mulieribus pro alio intercedentibus & se obligantibus succurratur senatusconsulto Velleiano: at non item pro alio solventibus. *L. 4. D. ad Velleian.* Et tamen ex utraque re idem damnum est. Sed facilius, inquit Ulpianus, se mulier obligat, quam alicui donat. *d. L. 4.* Quæ & ratio ab Accursio redditur in *d. L. ult. de præd. decum.*

XXXII. Hactenus tamen sciendum est, permissum esse curialibus donare res suas, ut excipiantur hereditates & donationes paternæ, id est, res a patre successionis aut

10) *L. ult. de dam. inf.* ubi simpliciter pretium dicitur emptor præstare, non duplum. Quod non repugnat *d. L. 52.* In verbis discrepantia, in rebus consensus. Iacturam facit emptor pretii iam venditori traditi, & insuper alterum tantum præstat, Pac. 5 *Quæst.* 6.

11) Vid. Menoch *Arb. Cap.* 585. Extra casus autem prohibitos est commercium, Rob. 1 *Sent.* 17. vid. *not. supra Lib.* 8. *C.* 11. *N.* 6. Quia enim cum hostibus iuris gentium communio *L. ultim. de legation.* etiam conventionum ac obligationum. Nec in hostem perfidia ut licet Hot. *Ill. Q.* 7. Vaud. 2. *Q.* 51. P. Grangian. *Paradox. C.* 5. Ac tolerandi barbarorum conventus mercaturæ gratia, modo sine legum violatione & religionis labefactatione fiat, Lamb. Danæ. *Lib.* 4. *Polit. Christ C.* 2. *pag.* 288.

12) Quod correctum *Nov.* 38. & *Nov.* 87.

aut donationis iure acceptæ, de quibus ita cautum est in *L. quoniam. C. de natur. liber.* ut eas repudiandi, aut alienandi in fraudem curiæ facultas curialibus denegetur. Nec dubium est, quin alienetur in fraudem curiæ, quod donatur, ubi nulla donandi honesta caussa est.

XXXIII. Hæc interdictio in curialibus, ut apparet, non curialium caussa constituta est, alioqui intelligentium, & bene res suas gerentium: sed caussa curiæ, cui curiales & eorum bona certis modis obnoxia sunt. Nam si curiali succedat is, qui ipse in numero curialium non est, pars quarta bonorum defuncti curiæ debetur. *L. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib. 10.* Præterea si curiales munerum evitandorum caussa absint, & vocati edictis intra annum non veniant: constitutum est ex bonis eorum curiis, quas deseruerunt, interpellatis præsidibus, esse consulendum. *L. quanvis, C. de decur.* Quod Bartolus recte, ut videtur, sic accepit; ut bona eorum permissu præsidum cedant curiis, nec postea ob contumaciam restituantur. Hæc commoda in bonis curialium, ne facile adimerentur curiæ: hinc ius adversus illos, de interdicendis quarundam rerum certis alienationibus natum est. Curiæ igitur caussa, non curialium. Quod fit manifestius, cum interdicantur curialibus hereditatum & donationum paternarum repudiationes, alienationesve in fraudem curiæ. *d. L. quoniam, C. de nat. lib.* Quibus verbis perspicuum est in his interdicendis haberi curiæ rationem.

XXXIV. Adiiciunt vulgo superioribus generibus quosdam capitalium criminum reos, quia vident de his ita ius esse, ut nihil alienare possint. Sed hi ad eam interdictionem, de qua agimus, non pertinent. Agimus enim de iis, qui cum domini sint rerum, nihilominus iis interdicitur rei suæ alienatio; non etiam de iis, qui ideo alienare non possunt, quia domini non sunt. Alioqui liceret dicere, nobis interdici rerum sacrarum, publicarum, alienarum alienationem, quia istas res alienare non possumus, qui earum domini non sumus. Quod neque per se verum est, neque ut maxime verum esset, nobis institutum est hoc loco de eo dicere. At quicumque propter delictum prohibentur alienare bona, quæ prius eorum fuerunt, hi iam amplius domini non sunt. Ut non magis pertineant ad hunc locum quam qui nunquam fuerunt domini: quos tamen constat non magis alienandi ius habere. Quod ex iis, qui in hoc numero sunt, intelligetur. Sunt autem in hoc numero bi quatuor: crimine capitali damnati; rei maiestatis; ex hereticis Manichæi & Donatistæ. Qui capitale crimen admiserunt, ut maxime sint accusati; tamen ante damnationem rerum suarum alienationem retinent: atque adeo, ut & per id tempus [13] donationes ab his factæ valeant. *L. post contractum, D. de donat.* Præterquam si mortis caussa factæ sint: quæ donatore postea damnato removentur ut imperfectæ. *L. 7. D. de mort. caus. don.* Damnatione autem ex crimine capitali secuta, nihil alienare possunt. Unde multo minus donationes ab his factæ valent. *d. L. post contractum, de donat.* Sed hæc caussa est, quia capitis damnati, bona amiserunt. Damnatione enim bona publicantur, idest, fiunt fisci. *L. 1. D. de bon. damn.* Et hoc ex constitutione Novella Iustiniani, si liberos non habeurunt. Qui si habeurunt, tamen nihilominus sic his adimuntur bona, ut [14] addicantur ea liberis. De quo supra diximus in his, qui testamentum facere non possunt. Maiestatis rei non tantum post damnationem, aut etiam accusationem; sed etiam [15] ex ipso tempore delicti contracti neque alienare possunt, neque manumittere, ut est in *L. ult. C. ad leg. Iul. maiest.* Sed ideo, ut ibidem adiicitur, quia cum quis
hoc

13) Ubi triplicis lectionis non tres diversi, ut ibid. Goth. *in not.* sed unus idemque sensus ut nove & scite M. Lyclama. *Lib. 5. Membranar. Ecl.* 16. Vulgatæ: *Valent nisi condemnatio sequuta*, scilicet, crimen, si donationes præcesserint. Haloandrinæ: *Non valent si condemnatio sequuta* scilicet crimen, priusquam donaretur. Florentinæ: *Non valent, nisi condemnatio sequuta*, scilicet non crimen, sed donationes. Sensus; Non valent donationes, si posteriores condemnatione; valent, si anteriores, si post illas celebratas sequuta est condemnatio. Atqui hactenus creditum est Florentinæ lectionis sententiam esse falsam & absurdam, vid. Cont. *ad L. ult. C. ad L. Iul. maiest.* SC. Gentil. *Lib. 9. de Coniur. p.* 115. Gifan. ad *d. L.* 15. *n.* 21. qui putat *ni* in *nisi* male repetitum in Florentina, ex ultima syllaba vocis Antonini, ut & Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 3. A. Fab. 7. *Coniect.* 20. Rittershus. *Partit. feud. Lib.* 9. C. 7. Q. 18.

14) Quia ea non successione ab intestato, sed privilegiario quodam & proprio iure consequuntur, vid. A. Fab. *Decade* 73. *de Err. Pragm.* passim Gœdd. *de Contr. stipul.* C. 7. *Conclus.* 2.

15) Huius sententiæ confirmationem petere licet ex disputatione criminali Petri Theodorici viri Clarissimi mihique amicissimi, 5. me respondente anno 1607. hic habita *Th.* 6. *lit. D* Eamque ex adductis *lit. praecd.* C. restringe ad crimen maiestatis atrocius, quod Perduellio in specie vocatur. Dices. At ratio *d. L. ult.* communis omnibus delictis. Videtur enim delinquendo quis in pœnam, quam scivit, vel scire debuit ei delicto constitutam, consensisse. Resp. Discrimen sic ostendo. Reliqua crimina morte exstinguuntur. Potest itaque aliquo casu pœnam effugere reus, si videlicet morte sua damnationem præveniat, proinde non omnino certus est bonorum suorum nihil ad heredes perventurum. Potest enim spem fovere, se tandiu defugiturum, vel extracturum iudicium, donec e vivis sublatus pœnæ subducatur. Quæ spes nulla est perduellionis reo, qui delicti scientia monetur nullo caso se pœnas evitaturum, cum immo post mortem contra illum accusatio intentari possit.

hoc crimen admisit, exinde quodam modo non dico damnatus, sed etiam punitus est. Unde & hoc iudicium mortuo reo, cum quo nihil actum est, exerceri placuit, ut bona fisco vindicentur. *L. ex iudiciorum, D. de accusat. d. L. ult. C. ad leg. Iul. maiest.* Manichæis & Donatistis convictis ius donandi, vendendive denegatur. *L. Manichæos, C. de her. & Manich.* Sed ideo, quia prius eadem lege bona eorum publicantur. Nihil igitur istæ interdictiones ad hunc locum; in quo alienatio interdicitur veris dominis: cum superiores prohibeantur alienare, quia domini esse desierunt.

XXXV. Quartus & postremus ordo eorum, quibus alienatio interdicitur, est eorum, quibus propter rem ipsam alienari prohibitam interdicitur. Quæ interdictio recepta est certis conditionibus in eunuchis, quo his scilicet consulatur, ne eunuchi fiant, aut his factis dominus facti sui præmio careat. De his cautum, ne servi [16] apud nos nati, sive apud barbaros, sive in nostro solo eunuchi facti sint, ullo modo ad alienum dominium transferri possint. Sed nec capti ex barbaris, si apud nos castrati fuerint. *L. 2. C. de eunuch.*

XXXVI. Alienatione his modis, atque his in rebus interdicta, quæritur, quid hoc verbo [17] contineatur. Et si verbi proprietatem sequimur, id hoc verbo prohibitum videbitur, & solum; quo fit, ut dominium a priore domino voluntate aut facto eius recedat. Sic enim vere fit res aliena. Cuiusmodi esse semper constitit [18] traditionem dominii, & manumissionem servorum, quæ commemorantur in *L. ult. C. de reb. alien. non al.* Adde & his usucapionis patientiam. Quam & ipsam *alienationis* verbo contineri placuit: quoniam vix fit, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. *L. alienationis, D. de ver. significat.* Unde prohibita fundi dotalis alienatione, placet eum fundum usucapi non posse, si modo ante, quam fundus dotalis esset, usucapio non cœperit. *L. si fundum, D. de fund. dot.* Sed Iustinianus, prohibita rei alienatione multo plus hoc verbo est complexus in *d. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* & ita de hac definivit: quocumque auctore prohibita sit alienatio, sive lege, sive testamento, sive pactione, prohibitam accipi debere non illam tantum veram alienationem, quæ dominii alienatio est; sed generaliter omnem [19] cuiusvis iuris constitutionem, quod ius, manente rei proprietate, rei imponatur. In hoc numero hæc esse, emphyteusin, pignus, usumfructum, atque adeo etiam servitutes.

XXXVII. Sed in omnibus his interdictionibus alienationis hoc tenendum est, prohiberi alienationes [20] voluntarias, non necessarias. *arg. in L. 1. D. de fund. dot.* & *L. alienationes. D. fam. erc.* Necessariæ sunt, quæ caussam & originem alienationis interdictione antiquiorem habent, & eam necessariam, utpote ex alieno iure pendentem. *d. L. alienationes, fam. erc.* Cuiusmodi caussæ sunt, si res ante, quam in ea caussa esset, ut prohiberetur alienari, fuerit a domino pignori obligata, aut fuerit illi cum alio communis. Unde his casibus quanvis postea res in eam caussam deducta sit, ut prohiberetur alienari: placet tamen, & creditorem ius pignoris exsequi posse; & rem vendere; & socium ad iudicium communi dividundo provocare, ex quo adiudicatio, id est, alienatio rei sequatur. Horum utrumque in prædiis minorum, quorum alienatio interdicitur, nominatim cautum est oratione Severi, ut ante diximus. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* Eadem & de fundo dotali tradita in *L. 1. D. de fund. dot. L. ult. C. eod.* Et generalis definitio eadem est de rebus litigiosis in *d. L. alienationes, D. fam. erc.* Non dubium, quin ad cæteras interdictiones referri debeat, veluti si servus, antequam eunuchus fieret, fuerit aut communis, aut pignori obligatus, aut res litigiosa fuerit in eadem caussa, priusquam litigiosa fieret. Merito. Nam interdictio legis, quæcumque est, hucusque producenda est, ne alii ius suum auferat. Si interdictione beneficium datur; beneficia in cuiusquam iniuriam tribui non solent; *L. nec avus, C. de emanc.* si pœna constituitur; hoc alios non lædit quam qui deliquerunt. *L. sancimus, C de pœn.* Denique ita ius est, nulli suum detrahi debere. *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur.*

CAP.

16) Vid. *Epigr.* Martialis *ad Domitian. Lib.* 6. Briss. 2. *Antiq. ult.* Menoch. *arb. Cap* 570.

17) Vid. Tiraq. post. *LL. Connub. Gl.* 5. *passim.* Fab. de Monte *Tr. de emptione Q.* 22. 4. *Q. principalis* Gœdd. ad *L.* 28. *de V. S.* Niell. *Disp. Feud.* 6. *Th.* 6. *& seqq.*

18) Vid. *N.* 1. *Lib.* 5. *C* 4. Fachin. 13. *Controv.* 80. rem absolute alienari vetitam usucapi non posse, sed sine solemnitate certa prohibitam posse, quia hæc est alienatio legis solemnia non exigens.

19) Vid. Vaud. 1. *Q.* 42. *n.* 8. An alienare vetitus alienationi consentire possit, vid. Tiraq. post *LL. Connub Gl.* 5. *n.* 140. *& seqq.*

20) Vid. ad hanc rem textum ac auctores citatos a Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 4. *princip. n.* 38. *& seqq.*

C A P. XI.

Etiam a communione rerum nonnullam imminutionem iuris dominii exsistere sociis: item ex confinio agrorum inter eos, inter quos de finibus controversia est. Hæc imminutio quæ sit. Eam tolli, illic quidem, cum a communione discessum fuerit: hic autem, cum fines ad suam rectitudinem redacti fuerint. Quibus remediis, ac quomodo utrumque obtineatur a dominis: Et de divisione rerum, itemque adiudicatione in iudiciis divisoriis recepta, familiæ erciscundæ, Communi dividundo: tum in iudicio finium regundorum.

Transitio. I.
In rerum communione, & agrorum confinio manere dominium incolume, sed usum rei imminui. II.
Quid sit res communis; quomodo acquiratur; quæ communionis causæ. III. IV.
Quatenus dominii ius, quod in libero rei usu consistit, rerum communione imminuatur: quæ communionis incommoda. Illorum remotio huius loci propria. V.
Incommoda illa una removendi ratio: communionis diremptio. VI.
Communionem dirimunt, aut sociorum consensus, aut divisoria iudicia. VII.
Consensu facta divisio valet, cum eam sequitur traditio. VIII.
Quæ sint ad res inter socios dividendas actiones comparatæ; & quare sint huius loci. IX.
Cur ad Iudicis officium spectet divisio: & quæ commodior ratio dividendi sive unam rem, sive plures. X.
Quæ, & quatenus ab Iudice æstimatio ineunda, ubi res commodam divisionem non patiuntur. XI.
Finium incertitudine fieri dominii, & liberi usus diminutionem. Et quare. XII.
Actione finium regundorum redintegrari dominium. Quando illa instituatur; & unde appellata. XIII.
Fines regere quid: & quod in hac actione Iudicis officium. XIV.
Adiudicationes & condemnationes *talium iudiciorum propriæ. Quid utraque sit, & quatenus necessaria*. XV. X.
Præstationes personales superioribus iudiciis attributæ cur alibi tractentur. XVI.

I. EST ergo alienandi potestas ita dominii pars: ut ea sæpe dominis adimatur, interdicta rei alienatione. Interdictio eiusmodi, quæ hanc quidem potestatem in alium non transferat; sed tamen totam eam auferat domino, quatenus alienatio interdicitur, ac non tantum minuat. Est eiusdem generis species imminutionis quædam, ut proposui, qua & ipsa, quod domino adimitur, non transfertur ad alios: sed nihil hic ita minuitur, ut ulla pars dominii ex superioribus detrahatur tota: tantum manentibus superioribus dominii partibus penes dominum, utendi commoditas aliquo modo illi imminuitur.

II. Contingit hæc imminutio in rebus communibus, & in agris finitimis, quorum de finibus inter confines controversia est. Quod cognita harum rerum conditione intelligetur.

III. Ac res quidem cnmmunis est, quæ est duorum dominorum, pluriumve. Proinde quibus modis res uni alicui acquiruntur, ut eius in solidum fiant: iisdem modis a pluribus quæsitæ fiunt eorum communes.

IV. Nascitur hæc communio inter aliquos partim ex societate; partim sine societate. Ex societate, cum aut ab initio aliqui pariter eamdem rem emerunt; *L. 2. D. com. divid.* aut aliqui inter se universnrum bonorum societatem coierunt, ubi res omnes quæ coeuntium tum fuerunt, statim communicantur: *L. 1. §. 1. L. 2. D. pro soc.* Sine societate, aut inter [1] plures coheredes, qui hereditate adita in dominium rerum succedunt pro portionibus hereditariis; *L. cum heredes. in pr. D. de acq. poss.* aut inter eos, quibus pariter eadem res legata, donatave est. *§. item si inter. Inst. de oblig. quæ ex quas. contract.* V.

1) Quos ad societatem non consensus, sed res coniungit *L. 25. §. 16. Fam. ercisc.*

V. Quid habet ergo hoc genus rerum, quo minus finguli in his parte fua libere utantur: ut hactenus dominii eorum ius & libertas imminuatur? Id habet nimirum quod res communis ita eft eorum, inter quos communis eft; ut non fit folida fingulorum, fed pro partibus tis, pro quibus res illis ab initio fuit quæsita. Pro partibus autem utique non divisis: fed indivisis, id eft, iis, quæ corpore nullæ sint, quia sint in uno corpore natura adhuc indiviso: tantum animo intelligantur, & hoc ipso animo diftinguantur numero inter focios, ut dici poffit hunc habere in fundo unam partem: illum alteram; vel hunc habere duas: illum tertiam. *L. 5. D. de ftip. fervor.* Sunt ergo hæ partes ita inter fe confufæ, ut nemo fociorum in re communi poffit attingere partem fuam, quin attingat alienam. Atque hinc hæc incommoda. Nam si volo parte mea fundi communis uti frui, puta eam colere, arare fodere, ferere, fructus ex ea percipere: neceffe habeo hæc eadem io parte focii, id eft, in toto fundo, facere. Ex quo non parva hæc [2] Incommoda duo, labor & fumptus, quæ mihi conduplicantur, quibus tamen fine communione cariturus eram. Et hæc etiam ita futura funt, quanvis rem recte fim gefturus. Quod fi male geram. Succedunt hæc incommoda, quod focium offendo; & præterea culpam admitto, quam focio præftare debeo. Atque hic metus fæpe facit, ne ad rem communem gerendam accedamus, malimufque partis fructum nobis perire, quam de totius fundi fructu cum labore in difcrimen venire. Hanc eamdem mentem fæpe nobis exprimit & indignatio, quanvis alioqui rem bene gefturis, com indigne ferimus fcilicet focium rem non curare, & exfpectare a nobis, ut foli curemus. Unde evenit, ut pariter ambo in commune rem negligamus. Inde rerum [3] communium neglectus, & ex neglectu corruptio. De quo exftat in *L. 2. §. 1. C. quand. & quibus quart. pars deb. ex bon. decurion.* non minus elegans, quam vera fententia Theodofii, in hæc verba: *naturale quippe vitium eft negligi, quod communiter poffidetur: utque fe nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur: denique fuam quifque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienæ.* Pertinet igitur ad eum locum, quem de iure dominii tractamus, videre, quomodo hoc impedimentum domino amoveatur, atque ita fiat, ut rem fuam quifque omni neceffitate alienæ attingendæ exfolutam recipiat, quo poffit libere de ea ftatuere.

VI. Et huius incommodi amovendi una ratio eft, fi a communione difcedatur. Quod fieri poteft idoneis remediis iure proditis in eam rem. Neque enim hæc imminutio fimilis eft illi, qua alienationem interdici dicimus. Lex enim alienationem interdicens facit, ut non poffit quifquam a fe eam interdictionem avertere: communio autem eiufmodi res eft, ut neque ab initio imperetur cuiquam; neque in fufcepta invitus quifquam manere cogatur, quorum utrumque generali illo dicto fignificatur, quo traditur, neminem ad communionem compelli. *L. fi non fortem. §. fi centum. D. de cond. ind.*

VII. Difceditur a communione aut confenfu fociorum, aut iudiciis diviforiis in eam rem comparatis.

VIII. Quæcumque divifio inter focios facta eft communi confenfu, rata eft. *L. non ideo. C. fam. erc. L. ult. D. eod.* dum tamen res conventionem fecuta fit, id eft, dum quas res conventione divifionis proprias cuiufque effe placuit: eas etiam ei iuxta divifionem alii focii tradiderint; aut cum apud eum effent; alii voluerint apud eum manere. *L. fi inter. C. commun. utr. iudic.* Alioquin fiet id, quod eft in *L. divifionis. D. de pact.* ut divifionis placitum, quod traditione vel ftipulatione non fumpfit effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli poffit prodeffe.

IX. Si de divifione convenire inter focios non poteft; conftitutæ funt his actiones ad res dividendas, quibus poteft focius focium ad divifionem provocare: coheredibus iudicium familiæ ercifcundæ, id eft, hereditati dividundæ. *L. 1. D. fam. erc. §. quædam Inft. de act.* cæteris, aut etiam heredibus ipfis, inter quos de dividenda hereditate tota non agetur, iudicium communi dividundo, id eft, ut id quod commune eft inter aliquos, dividatur. *L. 3. D. comm. divid. d. §. quædam. de act.* Qua parte, ut dixi, omnino hæc iudicia ad hunc locum pertinent. Hæc enim funt, qaæ rem a communione revocantia cuique domino addicunt id quod efficiatur cuiufque proprium fine cuiuf-

2) Hinc materia communionis difcordias dicitur excitare *L. 77. §. dulciffimis 20. de leg. 2. L. 26. de Servit. urb.* Ariftot. 2. *Politic. 4. & 5.*

3) Arift. 2. *Polit.* 3. Quod multorum commune eft, inquit, in eo minus adhibetur diligentiæ. De propriis enim maxime curant homines, communia tanquam alio curante ab aliis negliguntur, vid. & Curt. 2. *Coniect. ad Fr.* 15.

cuiusquam alterius participatione. Id quod in iure dominii cuique asserendo nunc quærimus.

X. Et cum in his iudiciis id agatur, sitque hoc officium iudicis, ut res recte dividantur, quo a communione discedatur sine iniuria: nempe eam divisionem quæri oportuit, quæ huic rei coveniret. Placuit autem divisionem sic recte transigi, propterea que hanc dividendi rationem esse in officio iudicis. Aut enim de pluribus rebus dividendis inter socios agitur: aut de una re tantum. Si de pluribus, ut fit frequentius in iudicio familiæ ercifcundæ: hoc præcipitur, ne iudex singulas dividat, quarum partes distribuat inter singulos: sed ut singulas res integras singulis adiudicet velut permutationis vice. §. *si familiæ. Instit. de off. iud.* Scilicet quia hæc divisio expeditior est, & cum minore rerum ac dominorum detrimento coniuncta; divisio namque partium res viliores, & minus ad utendum commodas facit. Quod si ut in rebus non per omnia paribus id accidet, ut unius pars prægravet; sic divisio ad æqualitatem redigetur; ut quod, rebus æstimatis, reperietur amplius esse apud unum, quam apud eum ex divisione esse oporteat: is in tantam pecuniam socio condemnetur. *d.* §. *si familiæ, de off. iud.* Exempli caussa; quo exemplo in *d.* §. *si familiæ*, Theophilus utitur. Primo adiudicatæ sunt res, quæ valent mille aureis: Secundo res, quæ valent octingentis. Apparet hic Primum centum habere amplius, quam Secundum, quoniam si res æstimentur, oportet utrumque habere nongentos. Proinde Primus Secundo damnabitur in centum. Quod si tanta disparitas erit in rebus singulis, ut non facile inveniatur rerum singularum distributio, quæ ad æqualitatem redigatur: id faciet iudex, quod potest, & sociorum commodum exigit, ut res omnes uni alicui attribuat, quo in huius unius personam conferat *& condemnationem, & adiudicationem*, ut est in *L. penult. D. fam. erc.* idest, sic hinc res omnes adiudicet; ut simul, rebus æstimatis, condemnet eum socio in eam summam, quam illum ex societate ferre oportet. Si de una re dividenda agetur; fiet id, quod præcipitur in §. *eadem, Instit. de off. iud.* si quidem res commode dividi potest regionibus, veluti fundus, pratum: rem illo modo dividet iudex, & divisas partes singulis adiudicabit, idem secutus in condemnatione, quod supra, ut si quid amplius est in æstimatione unius partis, quam conveniat esse apud eum, cui adiudicata est; is in tantam summam condemnetur socio, ad quem ex societate ea summa redire debuit. Quod si commode dividi res non possit, ut ædes, mancipium, iumentum: tota uni adiudicabitur: qui re æstimata, si quid amplius apud eum esse reperietur, in tantam summam condemnetur.

XI. Hæc condemnatio omnis quoniam fieri non potest, nisi æstimatis rebus; videndum est, quid in ea æstimatione ineunda iudicem sequi oporteat, quo absit tes ab iniuria. Et res ita transigitur. Alias ipse iudex rem æstimat, alias eam licitationi litigatorum subiicit. Si res singulæ adiudicantur singulis; aut re in partes divisa, singulis adiudicantur partes: hic locus non est licitationi. Licitatio enim emptio est. In superiore autem divisione, rebus pro rebus datis, permutatio instituitur; non emptio. *L. 1. D. de rer. permut.* Ideo res redit ad iudicis æstimationem. Qua admissa, hæc duo in ea servanda sunt iudici ad rectam & religiosam æstimationem: Primum rem æstimabit iusto pretio, quod faciet adhibitis peritis rerum æstimatoribus: *L. item*, §. *ultim. D. com. divid.* Deinde æstimabit *universas, non singularum rerum partes*, ut verba sunt *L. Mævius*, §. *ultim. D. fam. erc.* idest res totas, uno pretio semel in rem unamquamque dicto: non autem separatim rerum partes iam divisas, ut æstimet, quanti sint singulæ a seipsis separatæ. Quod ideo facete iubetur iudex, quia multo pluris esse solent res totæ propter commoditatem & utilitatem partium coniunctarum, quam partibus divisis; etiam si partes singulæ seorsim æstimentur. Separatæ enim partes non eamdem usum præbent; nec tanti fiunt ab iis, qui coniunctas habere mallent vel ad ornatum & splendorem, vel ad utilitatem. Convenit autem bono iudici sic res dividere, & ex ea divisione partes uni alicui adiudicare: ne ex eo fiat conditio socii deterior in re æstimanda, quam futura esset, si res mansisset integra; ne cuiquam divisio & adiudicatio noceat. Quod si res una aliqua dividenda erit, & uni adiudicanda: hic potest iudex eam æstimare si videtur; potest etiam, si videtur commodius, rem licitationi sociorum subiicere. *L. item Labeo*, §. 1. *D. fam. erc.* Idest, edicere sociis, ut æstiment ipsi, & liciteatur, ut qui pluris liceatur, ei rem adiudicet.

XII. Finium incertitudo & controversia eamdem iuris nostri imminutionem secum adfert. Ubi enim fines agrorum incerti sunt, ibi necesse est aut nos, aut vicinum sæpe fines transgredi. In quo au-

tem

tem transgredimur, tantum necesse est de vicino agro detrahi. Quæ res vicinos non patitur libere suo uti. Ex quo iuris nostri imminutio.

XIII. Sed & huius incommodi vitandi, & controversiæ dirimendæ caussa propria actio constituta est, quæ appellatur finium regundorum. *toto Tit. D. fin. regund.* Cui solum locus est in confinio prædiorum rusticorum, non urbanorum, quæ plerumque parietibus disterminantur: ut in his non fuerit necessaria. *L. 2. L. 4. §. ult. D. eod.* Sic autem appellatio est: quia proposita est actio in id, ut fines regantur.

XIV. Fines regere est, fines & terminos agrorum confinium ad suam rectitudinem redigere. Id autem sic consequitur iudex, ideoque & in his consistit officium iudicis huius actionis: ut, aut veteribus finibus repertis, eos servet; aut instituat novos. Si de finibus veteribus probari potest; & nulla obscuritas finium, aut incommoditas locorum mutare cogit: hi ita servantur, ut notentur magis, quo de his in posterum possit constare. Sin, aut de loco ubi fines fuerint, parum liquet; aut ea regionum difficultas vel incertitudo est, ut difficile sit per eas veteres fines diu retinere sine controversia: permittitur iudici dirimendæ controversiæ caussa evidentioribus finibus & mensuris distinguere agros, ac per aliam regionem fines dirigere. In qua distinctione apparet necesse esse iudici, aliquam partem sumere ex unius agro, quæ alterius agri domino adiiciatur. Id quoniam fieri utiliter non potest, nisi hæc pars detracta fiat eius, cuius prædio adiecta est: ideo etiam illud iudici permissum est in hac re, ut eam partem illi adiudicet. Qua adiudicatione recepta, etiam consequens fuit; ut is, cui adiudicatur, invicem ei, cui pars detracta est, quanti id erit, in tantam pecuniam condemnetur. Hæc in *L. 2. §. ult. L. 3. D. fin. regund. §. si finium, Inst. de off. iud.*

XV. Hæ sunt illæ *adiudicationes* & *condemnationes* horum iudiciorum propriæ, quarum tam crebra est in his iudiciis mentio, ut *L. cum putarem. L. Mævius. §. arbiter. L. antep. D. fam. erc. L. 2. §. ult. fin. regund.* Condemnationes quæ sint, supra diximus. Adiudicare autem est, rem aut partem aliquam divisam alicui ex sociis sententia sua assignare; ut deinde propria eius solius fiat. Unde assignare rem aliquam alicui pro adiudicare. *L. item Labeo. §. 1. D. fam. erc.* Adiudicatione autem non tantum id agitur, ut res fiat eius, cui adiudicata est; sed etiam statim vere fit eius sine ulla traditione. *§. ult. Inst. de off. iud.*

XVI. Habent hæc iudicia tria, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, personales etiam præstationes de iis, quæ socium socio præstare oportet ob id, quod admisit in communione, aut ex communione ad eum pervenit. *L. item Labeo. §. familiæ. fam. erc. L. 3. D. com. divid. L. 4. §. 1. D. fin. regund. § si finium, Inst. de off. §. item si inter. Instit. de obl. quæ quas. ex contract* Sed hæ præstationes nascuntur ex obligatione; obligatio ex quasi contractu. Quamobrem & ea pars harum actionum ad eam partem obligationum & contractuum remittenda est. Ut & de ea separatim in ea parte iuris agitur in *d. §. item si inter, de obl. quæ ex quas. contract.* Nunc agimus de rerum ipsarum, quæ communes sunt, divisione, quæ pars nihil commune habet cum superiore. Nam cum hæ actiones dicentur mistam caussam obtinere videri, ut sint tam in rem, quam in personam: *§. quædam, Instit. de act.* huius divisionis petitio quodammodo in rem est, nata scilicet nobis ex eo, quod rei pro parte domini sumus: personalium autem istarum præstationum actio est in personam, utpote ex obligatione. *§. 1. Inst. de act.* Nec mirum sit has partes horum iudiciorum a nobis, & locis, & tractatione separari. Nam cum re ita distinctæ sunt, ut diximus: tum vero ita separatim tractatas in Institutionibus, videmus: de præstationibus enim earumque obligatione scriptum est ut in loco in *d. §. item si inter, Inst. de oblig. quæ ex quas. contract.* de rerum autem divisione eorum iudiciorum propria longo intervallo postea nempe penultimo Titulo, qui est de officio iudicis.

C A P. X I I.

Imminui etiam interdum iura dominii ita, ut quæ domino detrahuntur, transferantur ad alios: quæ iura sunt ea, quæ exteri obtinent in rebus alienis. Ideo & de his post dominos dilata tractatio: sic tamen ut ex illis intelligi debeat, quatenus per ea ius domini imminuatur. Dominium ita constitutum, ut iura eius esse diximus, quomodo amittatur, & una cum dominio iura domini rei relicta.

Transitio; & propositum Auctoris; & ratio ordinis. I.
Dominium aut volente domino amittitur; aut eo ignorante & invito. II.
Voluntarius amittendi dominii modus, alienatio. Quatuor alienationis genera. III. IV.
1. *Translatio. Quid illa sit; quibus efficiatur modis; & quomodo ex ea dominii amissio nascatur*. V.
2. *Manumissio. Cur hæc etiam amittendi dominii causa, & alienationis species. Quæ utilis & recta, quo loco dictum*. VI.
3. *Res pro derelicto habita. Quæ talis habeatur, quo item loco tractetur*. VII.
4. *Usucapio. Quomodo & ipsa voluntariæ alienationis genus & quid intersit utrum volente, an invito domino amittatur in usucapione dominium*. VIII.
Causæ ex quibus dominium amittitur, invito domino, plures. Genus illarum duplex. IX.
Quæ ad prius genus pertineant. Et cur alibi adornata earum enarratio propria sit huius loci. X.
Posterioris generis caussæ ad dominii translationem revocatæ: totidem amittendi dominii, invito domino, quot fere huius transferendi genera seu caussæ. XI.
Summa talium caussarum genera quæ. Et cur singula hic obiter explicata. XII. XIII.

I. HÆc de priore genere imminutionis dominii dicta sunt. In quo sunt hæ species, quibus iura dominii ita domino minuuntur, ut nihil inde ad alios transeat. Dixi alterum imminutionis genus esse, cum superiora iura ita minuuntur, ut quæ detrahuntur domino, transferantur ad alios, quod genus maxime dominis detrahi apparet. Ideo enim incipiunt hæc iura esse aliorum, quia prius dominis erant adempta. Hæc vero sunt ea, quæ alii, quam domini in rebus alienis obtinent. De quibus eum separatim post dominos dicere instituerimus: ea nunc non attingam. Tantum quod dominorum proprium est, nunc exsequar; hac lege tamen, ut velim intelligi, quæ alii tributa dicemus; ea nunc quoque hic locum habere, atque ita debere accipi, quasi hoc loco dominis detracta & imminuta esse dixissemus. Quo docendi caussa concesso, ad reliqua, quæ sunt dominii, pertexenda iam pergemus. Hoc autem reliquum, ut quæcumque domini iura sunt in re sua: sive ea sunt illa omnia, quæ iusti dominii esse placet; sive ita imminuta, ut modo diximus: moneamur nondum plane constitutum esse dominium, quod quærimus. Fieri enim potest, ut recte quæsitum postea amittatur. Quod si fit; non magis dominus erit, qui aliquando cœperat, nec magis ullam partem dominii obtinebit, quam si nunquam dominus fuisset. Ita restat, ut quæratur quibus modis dominium amittatur, ne ibi dominii iura aliqua requiramus, ubi nullum dominium est. Non attingimus nunc eos modos, quibus ab eo, ad quem res pervenerat, iustis de caussis revocatur, ut sic deinde revocata eius esse desinat. Veluti, eum ut indebitum solutum quid repetitur; ut datum ob caussam caussa non secuta; ut vi extortum, cum donatio ob liberos postea susceptos, aut ob iustas caussas ingratitudinis revocatur; & si quæ sunt caussæ similes: de quibus inter iustas obligationum & repetitionum caussas dicendum est. Hoc dico etiam ipso iure dominium, quod alicuius fuerat, amitti, ut exinde dominium & dominii iura desinant. In quo natura rerum nos docet id accidere, quod Ulpianus in *L. ult. D. de legib.* bene scripsit ad omne ius nostrum, idest, ad id omne, quod nostrum est pertinere, ut id consistat aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. Aut enim id agi, quemadmodum quid cuiusque fiat; aut quemadmodum quis rem aut ius suum conservet, aut

aut quomodo alienet aut amittat. Et naturæ quidem ac rerum ordo eo nos deduxit in rebus privatis, ut de duobus prioribus eodem ordine huc usque diceremus. Nam & quomodo res seu dominium eorum acquiratur, primo loco dictum est, & deinde quodnam sit id ius dominii, & quomodo conservetur. Restat natura tertium, ut videamus, quousque id pertineat. Quod ita fiet, si dixerimus, quomodo amittatur.

II. Amittitur dominium partim volente domino; partim invito, & ignorante.

III. Voluntate domini, alienatione. Sic enim generaliter alienationem vocamus, cum dominus quovis modo rem a se alienam facit, etiam si in alium non transferat, veluti manumissione servi. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

IV. Alienationis species sunt quatuor, ac totidem dominii volente domino amittendi: translatio rei voluntaria, manumissio; derelictum; usucapionis patientia.

V. Translatio rei est, cum voluntate domini dominium in alium transfertur iis modis, quibus transferri solet. Quod fit inter vivos [1] traditione rei transferendi caussa; ex suprema autem voluntate institutione heredis extranei, & legato. Traditione dominia rerum acquiri & transferri constat. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. qua ratione §. hæ quoque, D. de acquir. rer. dom.* Sed & transferuntur, alienanturque res domini voluntate, si quis heredem instituit. *L. si ita quis, 135. §. ea lege, D. de verborum oblig.* Quia scilicet hoc modo consequuntur heredes dominium rerum hereditariarum. *L. cum heredes, in princ. D. de acq. poss. L. heres in omne, D. de acquir. hered.* Si hæc in heredis institutione alienatio & translatio est: multo magis in legato, cuius dominium constat recta in legatarium transire, ut & ad eam rem legatum comparatum est. *L. a Titio, 64. in fin. D. de furt. L. legatum. 80. D. de legat. 2.* Ac de acquisitione dominii: quæ fit ex his caussis, satis superioribus libris supra diximus. Vel hinc intelligitur, iisdem modis dominium priori domino, vel heredi eius amitti; sive quod non dicitur transferri, aut transire in aliquem, nisi quod priori exemptum transfertur in alium. Sive quod dominium posteriori acquiri iure non potest; quin priori sit amissum: quoniam duo domini eiusdem rei in solidum esse non possunt. *L. 5. §. ultim. D. commodat.* Denique generalis sententia est ex hoc iure in *L. 1. D. pro derel.* iisdem modis res desinere esse nostras, quibus acquiruntur.

VI. Manumissione dominium amitti domino certum est. Tamdiu enim solum servus in dominio est, quandiu servus est, ut declarat definitio servitutis. *L. 4. D. de stat. hom.* Manumissione autem servus esse desinit. Proinde & in dominio. Idque est, quod dicitur, quandiu quis in servitute est, eum manui & potestati suppositum esse; manumissum autem liberari domini potestate. *Inst. de libert in pr. L. 4. D. de iust. & iur.* Potestate, id est, dominio. Nam potestas in servis, dominium est, quod dominus in servum obtinet. *d. L. 4. D. de stat. hom.* Inter species autem alienationis satis aperte numeratur manumissio in *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* cum prohibita rei alienatione, placet etiam manumissionem mancipiorum contineri. Quæ recta sit & utilis manumissio dictum est supra *Lib. 2. cap 12. & 13.* Quæcumque eiusmodi est, intelligere debemus eam solam esse, qua hic dominium amittatur.

VII. Res pro derelicto a domino habita, ita prioris domini esse desinit, ut incipiat esse nullius. Unde & fit occupantis. *L. 1. D. pro derel.* Quæ res pro derelicto haberi & quando intelligatur, dixi supra *Lib. 4. Cap. 13.*

VIII. Usucapione constat dominium acquiri ei, qui usuceperit. *L. 3. D. de usurp. & usuc. Inst. de usucap. in pr.* Iam dixi hoc ipso satis declarari, usucapione dominium priori domino amitti: quoniam duo in solidum eiusdem rei domini esse non possint. *d. L. 5. §. ult. commod.* Ita qui noverit, quomodo res usucapiatur: idem quomodo dominium priori domino amittatur, noverit. Ac de usucapione, deque hoc eius effectu, satis supra a me dictum est *Lib. 5. Cap. 29.* Notandum, usucapione sic priori domino dominium amitti; ut existimetur iure hæc ipsa amissio in priore domino species quædam esse alienationis. De quo sic Paulus in *L. alienationis. D.* de verb. significat. *Alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* Ne quis putet supervacuo hoc moneri, quasi dum usucapione amittatur dominium, parum referat, quomodo amittatur, volentene & alienante domino, an invito. Sane enim ad amissionem dominii nihil interest: ad interpretationem autem

1) *L. fere 153. de R. I.* vid. Alex. Turamin. *Lib. sing. de LL. P. 3. C. 2. n. 70. & seq.*

tem earum legum, quæ interdicunt alienationem, interest plurimum. Superior enim sententia de specie alienationis docet, prohibitione ea hoc contineri, ne res alienari prohibita possit usucapi, si usucapio post interdictionem cœperit, quod in fundo dotali responsum est in *L. si fundum. D. de fund. dot.*

IX. Invito domino, dominium amittitur aut ex iis caussis, ex quibus res in totum dominos habere desinunt; aut ex iis, ex quibus transferuntur ad alios.

X. Quæ res desinunt habere dominos, eorum tria sunt genera, quæ invito domino habere desinunt, feræ bestiæ, cum in naturalem libertatem evaserint; *L. 3. L. 4. L. 5. D. de acq. rer. dom. §. feræ. Inst. de rer. divis.* Loca a mari occupata, aut quæ in mari vel in litore ædificio occupata erant, si ædificium dirutum fuerit; *L. pen. L. in tantum. in pr. D. de rer. divis.* Thesaurus, id est, pecunia iam olim ita deposita, ut depositionis non exstet memoria. *L. nunquam. §. thesaurus, D. de acq. rer. dom.* Et de his rebus in iure rerum acquirendarum satis diximus *Lib. IV. Cap. XIII. & XIV.* Locus enim postulabat, ut cum dicerentur hæ res occupanti acquiri tanquam res nullius: prius exponeretur, quomodo & cur essent nullius. Hoc vero cum aliter fieri non possit, quam si prius qui dominus fuerat, desinat esse dominus: apparet, quod de illa parte illic dictum est, ad hunc locum omnino pertinere.

XI. Quæ res transferuntur ad alios, ex his etiam pleræque transferuntur invito domino. Quod cum sit, totidem modis accidere necesse est, ut dominium priori domino invito amittatur. Non enim alia de caussa transit ad alium, quam quod a priore domino recessit. Neque enim potest eiusdem rei dominium penes duos esse in solidum, ut aliquoties iam diximus. *d. L. 5. §. ult. D. commod.* Quibus autem ex caussis ita res acquiratur aliis, dixi supra *Lib. V. Cap. II.* Ita simul quibus modis dominium amittatur invitis, in hoc genere dictum est. Ne quid tamen hic desit, & ut ratio tota amittendi dominii statim posita sit in conspectu, genera ipsa caussarum huius partis propria paucis indicabo, quæ suis locis fusius tractata inde petantur.

XII. Ex iis ergo rebus, quæ transeunt ad alios invitis dominis & viventibus; quarundam dominium aut voluntas testatoris adimit; aut hostilis occupatio; aut ad rem alienam accessio; aut magistratus iudicisve auctoritas; aut ipsius domini delictum.

XIII. Voluntas testatoris id facit in rebus ipsius testatoris, quas ille sub conditione legavit alii. Nam pendente conditione, heres dominus est; & si interim rem alii tradit transferendi caussa: dominium transfert. Sed, existente conditione dominium ab eo recedit, & fit res legatarii: & si ante res fuit ab eo alienata, idem novo domino contingit. *L. & post, 12. §. 1. D. fam. ercisc.* Occupata bello ex hostibus ut fiunt occupantis, ita priorum dominorum esse desinunt. *L. 5. in fin. L. adeo, in pr. D. de acq. rer. dom.* de qua occupatione dixi supra *Lib. IV. Cap. XXI.* Accessione desinunt esse prioris domini, quæ rei nostræ per accessionem cedunt: aut pecunia quæ alienæ ita mista est, ut discerni non possit. De quo genere etiam propriis titulis supra dictum est, ut *Lib. IV. Cap. XXII., & XXXII.* Auctoritas magistratus & publica plerisque in caussis rem aufert domino, & transfert ad alios, de quo diximus *Lib. V. Cap. III.* Delictum domini res domino aufert aut propter vim ab illo illatam, aut ex iis caussis, ex quibus res fisco ob delictum vindicantur. Propter vim, si dominus rem suam ab alio possessam per vim eripuit, aut possessionem ad se transtulit. Nam hoc facto dominio suo cadit, & res transfertur in eum, qui vim passus est, ex constitutionibus. *L. si quis in tantam, C. unde vi.* Transferuntur autem res propter delictum ad fiscum, aut commisso, aut domini damnatione, aut eius indignitate. Committuntur, seu in commissum cadunt merces, quæ vehuntur, si vel [2] illicitæ sint merces, idest, merces alio transferri prohibitæ. Quo casu & navis in qua aliquid illicite impositum est, vindicatur fisco: *L. cotem.* in pr. & *§. dominus, D. de publican.* Vel merces quidem licitæ, sed quas dominus [3] professus non est

2) De quibus vid. Briss. 4. *Antiq.* 4. & quæ ex eo, non laudato, notat Goth. *in d. L.* 11. §. 2.

3) Vid. Coler. *de Proc. exsec. Pr.* 1. *C.* 3. *n.* 79. *Menoch. de arb. Cas.* 397. Immo & ex sola professione omissa, etiam rerum ex quibus vectigal non debetur pœna est commissi, per *L.* 16. §. 3. ibi, *sive usualia D. d. t. iunct. L.* 5. C. *de vectigal. & comm. & arg. d. L.* 16. §. 9. Cuiac. 14. *Obs.* 3. Duar. *ad d. t. D.* C. 3. Quid si res plurium sit & unus fraudaverit? Illius tantum portio aufertur, *d. L.* 8. §. 1. ubi res *munis* vocatur, quæ fisco obligata, ut recte Rev. 3. *Var.* 2. resistente licet Cuiac. 9. *Obs.* 24. *in fin.* quia opponitur immuni. Sic Plaut. in *Mercat. Act.* 1. *Sc.* 1. dico pro meritis me *munem* fore, id est obligatum. Iure Saxonico non incidunt merces in commissum; sed pœna est solutio quadrupli vectigalis, si valvarum, pontium, sive aquarum telonium non persolvatur; sin forense 30. Land. *Lib.* 2. *Art.* 27. vid. Coler. *Decis.* 190. *& d. C.* 3. *n.* 74. *& seq.* Beust. *in L. admonendi* 31. *de Iureiur. n.* 849.

est fraudandi vectigalis caussa. *L. fraudati, L. commissa, in pr. D. eod.* Quod commissum est, statim desinit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei fisco acquiritur. *d. L. commissa, d. L. cotem, §. dominus*, eod. *Commissum* dictum, quod velut committitur & traditur fisco id, quod ex hac caussa transfertur, ut de eo fiscus pro suo iure statuat. Damnatione bona publicantur, idest, publica fiunt fisci, cum quis damnatus est rei capitalis, idest, ex ea caussa qua damnato vel mors, vel deportatio, vel servitus contingit. *L. 1. D. de bon. damnator. L. 2. in pr. D. de pœn.* Indignitate domini fit, ut dominium ei amittatur ex iis caussis, ex quibus res ut indignis auferuntur, & vindicantur fisco. Quæ sint hæ caussæ declaratur propriis titulis. *D. de his quæ ut indignis aufer.* & *C. de his, quibus ut ind. her. auf.* Atque hæc genera posteriora tria ideo nunc indicanda fuerunt, ut intelligeretur id, quod est proprium huius loci, nempe his modis dominium privatis amitti. Sed satis fuit indicasse; quoniam horum acquisitio ad ius fisci pertinet. Ius autem fisci, publicum. Ideo de iure fisci & Reip. in iure publico dicendum est.

C A P. X I I I.

Iura, quæ ab his, qui domini non sint, obtineantur in rebus alienis, quinque hæc esse: Ius emphyteuticum; Ius superficiarium; Ius bonæ fidei possessoris; Pignus; Servitutes.

ac primum

De agris vectigalibus: seu de iure emphyteutico. Quid sit: Cur ita dictum; & Quemadmodum constituatur, acquiraturve.

Rerum nexus, atque ordo. I.
Quot & quæ iura a non dominis habeantur in rebus alienis, duo ex his dominio proxima; alia non item. II.
Iuris emphyteuseos definitio, de græco verbo ἐμφυτεύειν *; eiusdem notatio nominis, & coniugata.* III.
Ager vectigalis, atque emphyteuticarius apud veteres non re, sed nomine discrepant. Quis huius definitionis usus; & unde diversa nominis appellatio. IV. V.
Rerum tractandarum partitio. VI.
Iuris emphyteutici constitutio quibus constet partibus; seu caussis. VII.
Ius emphyteuticum solus, & recte constituit, quicunque est rei dominus. VIII.
Nihil interest ad rectam emphyteuseos constitutionem, utrum privatus sit rei Dominus, an civitas & municipium: explicatur locus Pauli in L. agri, D. si ag. vectig. IX.
Ratio. X.
Ius emphyteuticum non in mobilibus rebus consistit, sed in agris. An in ædibus. XI.
Eosdem esse iuris emphyteutici constituendi, quos transferendi dominii modos: pactiones, & testamentum. XII.
Testamento recte constituitur emphyteusis, & quare, & quatenus. Inter legatum rei simpliciter legatæ, & in emphyteusim relictæ quid differat. XIII.
Pacto quoque contrahentium valet emphyteusis: sed ad huius substantiam scriptura necessaria. XIV.
Item necessaria traditio ad perfectam eius constitutionem. Dominii & servitutum exempla. XV.
Contrariis occurritur. XVI.
Quid Zenonis Constitutio perfecerit, dum emphyteusim validum & iustum esse contractum iussit, & ab emptione & locatione distinctum voluit. XVII.
Tria in contractu emphyteuseos spectanda. XVIII.
Ius emphyteutæ. Et quale sit. XIX.
Tempus. Et hoc aut perpetuum, aut non modicum. Utriusque explicatio, & Bartoli sententiæ explosio. XX. XXI. XXII.
Pensio, & hæc annua eademque certa: Quatenus sit contractus emphyteutici pars præcipua, & eius forma. XXIII.

I. Sed ut dominio semel quæsito si amissum fuerit, iura domini intereunt: ita sit hoc constitutum, dominum, idest, eum cui semel res quæsita est, quandiu dominus erit, semper ius de re statuendi habere, aut plenum, aut si habeat immi-

imminutum, non imminui niſi iis rebus, de quibus partim diximus, partim deinceps dicendum eſſe ante indicavimus. Non ſoli vero domini ius habent in rebus privatis & ſuis. Interdum habent qui domini non ſunt, in rebus quidem privatis, verum alienis. Quod fuit alterum genus eorum, quos in rebus privatis ius habere diximus.

II. Hoc habent ii, quorum ſunt ea iura, quæ in rebus alienis a dominio ſeparata conſtitui ſolent. Hæc iura numero ſunt quinque: ius emphyteuticum, ſeu ius agri vectigalis; ius ſuperficiarium; ius bonæ fidei poſſeſſoris; pignus ſeu hypotheca; ſervitutes. Ex quibus duo priora ſunt dominio proxima, & qui ea habent, quaſi domini ſunt. Cætera a dominio longe recedunt. De his dicam ordine, quibus expoſitis expoſita erunt iura rerum privatarum.

III. Ius emphyteuticum eſt ius [1] in agris conſtitutum, quo ager a domino alicui habendus & fruendus datur vel in perpetuum, vel ad longum tempus, certa penſione in ſingulos annos conſtituta, ea lege, ut quandiu penſio domino ſolvetur, tandiu non liceat rem auferre, neque ei qui accepit, neque his qui in locum eius ſucceſſerunt, ſive heredes ſint, ſive ii in quos ipſe aut heredes transtulerint. Hæc definitio propemodum expreſſa eſt in *§. adeo, Inſtit. de loc.* & ſimiliter. *L. 1. 2. 3. D. ſi ager vect.* Quæ definitio, cuiuſmodi ſit, intelligemus poſtea explicatius partibus expoſitis; neque ita multo poſt, cum de conſtituendo hoc iure dicemus. Prius de verbis pauca, ut ſciatur, quibus in hac re tota exprimenda veteres uſi ſint, & unde ſint orta: quibus & nos uti ſimiliter oportet. Ipſum ergo illud, quod agitur & conſtituitur ſuperiore conventione, dicitur *emphyteuſis*. Unde res in emphyteuſim data, quæ iſta lege & iure data eſt: & qui accipit, dicitur emphyteuſim ſuſcipere. *L. 2. in pr. C. de iur. emphytent.* & contractus ἐμφυτευτικὸς, contractus ſuperiorem fundi conſtitutionem continens. *§. adeo, Inſt. de loc.* Hinc qui accipit, uno verbo *emphyteuta L. 3. C. de iur. emph.* idem & emphyteuticarius in *L. 1. in fin. eod.* Ius conſtitutum ius *emphyteuticum*, ut in Tit. *C.* vel *emphyteuticarium*, ut in *L. 1. in pr. eod.* Ager in emphyteuſin datus, ager *emphyteuticarius*, ſeu prædium *emphyteuticarium L. 2.* verſ. *ſin autem, C. eod.* Omnia ex uno fonte, quod ager hic in *emphyteuſin* datur. Eſt autem ἐμφύτευσις græcis cultura, ſeu, ut ita dixerim, [2] implantatio, cuius cauſſa agri [3] alioqui ſteriles ſuperiore conventione colendi & fruendi a dominis dantur.

IV. Illud notandum, agrum, qui in emphyteuſin datur, in uſu veterum etiam agrum ſeu fundum [4] vectigalem dici, ut non ſit alius vectigalis ager, quam emphyteuticarius: nec alius emphyteuticarius, quam vectigalis. Id indicat ille Titulus *D. ſi ager vect.* qui in Florentinis Pandectis ita legitur, *Si ager vectigalis*, id eſt, *emphyteuticarius petatur*. Id eſt, interpretationis nota, qua non ſtatuitur ſpecies nova; ſed quæ prius poſita erat, alio verbo notiore, idem tamen ſignificante, explicatur. Sic & explicatur in *L. ſciendum. in pr. D. qui ſatiſd. cog.* Probant idem evidentius definitiones utriuſque generis eædem. Nam quæ definitio eſt agri vectigalis in *L. 1. D. eod.* eadem

1) Aliter definit, Valaſc. *Iur. Emph. Q. 1. n. 2.* Aliter Treutl. *P. 1. Diſp. 26. Th. 9.* Sane deſcriptio noſtri nec emphyteuſi eccleſiaſticæ, nec alii quam perpetuæ competit.

2) Vult. in §. 3. *I. de Locat. n. 2.* Valaſc. *Q. 2. n. 4.* eo quod initio fere non niſi inculta & ſterilia arva ſic darentur, ut excolendo frugifera fierent, non vero ab emponemate, id eſt melioratione, ut Accurſius & alii.

3) Eſt tamen & vera emphyteuſis in locis per ſe fertilibus, quia illa ratio impulſiva non finalis, Valaſc. *Q. 1. n. 6. & Q. 2. n. 5.*

4) Diſſent. Coraſ. *ad L. 16. de ſervit. n. 20. & ſeq.* Valaſc. *Q. 31.* A. Fab. 20. *Coniect. 11.* Sed hic non tantum emphyteuſin a iure vectigalis agri differre contendit, verum & emphyteuſeos nomen ante Zenonem inuſitatum fuiſſe ſcribit. Quem liquidi erroris convincunt *L. 15. §. 1. Qui ſatiſd. cog. L. 3. §. ſi ius ἐμφυτευτικὸν 4. de reb. eror. qui ſub. tut. L. 1.* & *l. C. de fund. patrimon.* por omnes fere LL. quæ Zenone anteriores auctores habent. Idem Faber 63 *Err. Pragm. 9.* non pene in alio agrum vectigalem ab emphyteutico differre, quam quod ille publicus ſit, *L. 1. Si ag. vect. L. 11. de Publican.* hic privatus, ſive privati ſit hominis, ſive fiſci *L. 1. C. de fund. patrim.* Et tamen 64. *Err. Pragm. 1. circ. fin.* hanc magni momenti differentiam (ſi vera eſſet) tradit, quod ager vectigalis libere vendatur citra pœnam commiſſi, nec res auferri poſſit, quandiu vectigal pendatur, ſive a venditore, ſive ab emptore per *L. 1. Si ag. vect.* ubi verba, *qui in locum eorum ſucceſſerunt*, de ſucceſſore etiam ſingulari interpretatur. Sed ſi ita, quod & noſter vult, vid. *C. ſeq. N. 3.* non tamen alius in rem ſucceſſor accipi debet, quam in quem rite, iuxta iuris requiſita, res tranſlata. Quin ſi maxime ponamus ita fuiſſe tempore Pauli ICti. id tamen *L. ult. C. h. t.* immutaſſet. *Ibidem* Faber *in fin. & 65. Err. 4.* graviter inſectatur Tribonianum, vel quiſquis titulum Digeſtorum ſic conceperit, id eſt *emphyteuticarius*, (cuius rei & ante eum, Tribonianum hic inſimulavit Gœdd. *ad L. 27. de V. n. 19.*) Sed hic mos eſt Fabri, non imitandus, ut ubique in Tribonianum culpam conferat. Idem *d. Err. 4.* Cuiacium *in Par. h. t.* notans, nunquam a ICtis vectigales agros vocari ſcribit, niſi qui ſunt civitatum (1) per *L. 1. pr. h. t.* (unde hoc non infertur, niſi quis & ſic ex. gr. recte argui contendat: Privata conventio alia legitima, alia iuris gentium *L. 5. de pact.* Ergo publica nulla iuris gentium, & in ſimilibus infinitis) (2) per *L. 12. §. 2. de Public. in rem. L. 15. §. 27. de damn. inf.* ubi tractatur de agris vectigalibus, quæ uſucapi non poſſunt, quod privilegium vult ille favore reipublicæ conſtitutum, nec commune eſſe emphyteuticis fundis, a privatis conſtitutis. Sed præſupponit Faber quod controverſum eſt, & refellitur ex *d. L. 12. §. 3.* ubi idem ſtatuitur in ſuperficiariis ædibus.

dem est agri emphyteuticarii in *d. §. adeo. Inst. de loc.* Scimus autem definitionem id ipsum esse, quod res est, quæ definitur: ut quorum definitiones eædem sunt; ea quoque inter se necesse sit esse eadem.

V. Quod moneri eo conducet, ut si quid legamus de fundis & prædiis vectigalibus, sciamus id dictum esse de iure emphyteutico: & vice versa si quid legamus de fundis emphyteuticariis & iure emphyteutico, sciamus pertinere ad eos fundos, qui dicuntur vectigales. Ager emphyteuticus a cultura, & velut implantatione, ut dixi. Vectigalis a vectigali, quod pro eo penditur. *L. 1. D. si ag. vect. L. lex vectigali. D. de pignor.* Sic vocatur ea pensio, quæ eo nomine præstatur domino *d. §. adeo. Inst. de loc.* nomen ex eo, quod præstatur hæc pensio, non ut aliæ, quæ præstantur pro usu rerum locatarum, sed ut solent vectigalia publica pro rebus, quæ alioqui nostræ sunt. Eam pensionem Iustinianus vocat etiam *canonem* in *L. 3. §. necessitatem. C. de iur. emphyt.*

VI. Iam de iure ipso videamus. Et quoniam in eo id agitur, ut ius constitutum haberi possit: tum ut constituto, quantum, id est, & quatenus perseverat, recte uti liceat: nempe de eo eadem illa tria, quæ in omni alio iure nostro, cognoscenda sunt: primum quomodo constituatur seu acquiratur, ut esse incipiat: tum constitutum quale sit, seu quid contineat, ut eo liceat uti: tertium quousque liceat, id est, si forte finitur, quibus modis amittatur.

VII. Constituitur hoc ius ex suis caussis iure cognitis. Quas in hoc iure quatuor licet observare easdem, quibus fere res omnes constant. Sunt autem hæ: personæ constituentium, velut efficiens caussa: res tanquam materia, in qua hoc ius consistit: constituendi modus & forma: & constituendi finis.

VIII. Personæ constituentium sic habent: Ius emphyteuticum in prædio solus recte constituit agri dominus. Unde ubique is, cui ab emphyteuta pensio præstatur, vocatur dominus. Ut intelligamus non alium recte constituere, quam dominum rei. *§. adeo. Inst. de loc. L. 2. §. 1. & ult. L. 3. tota. C. de iur. emph.*

Et certe nemo plus iuris in re quaque in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, D. de regul. iur.*

IX. Ex contrario quisquis dominus est, id recte constituit; sive sint municipes, aut civitas, sive privati domini. Sic quidem de agris vectigalibus scriptum est in *L. 1. D. si ager vect.* ut conferatur oratio & definitio ad agros civitatum & municipum. Sed hoc de agris civitatum exempli caussa, dictum est, quia agri civitatum frequentius in emphyteusin darentur fruendi certo vectigali annuo constituto, quam alienarentur. Cæterum & privatis dominis non minus licet agros suos eodem modo dare, & constituere emphyteuticarios, seu vectigales.

X. Constitutio Zenonis, quæ est de iure & contractu emphyteutico, iubet hunc contractum iustum validumque esse de omnibus, quæ inter utrasque contrahentium partes placuerunt. *L. 1. C. de iur. emph.* Quæ verba non minus ad privatos contrahentes pertinent. Præterea in *§. adeo. Inst. de locat.* Iustinianus de prædiis emphyteuticariis ita loquitur; ut statuat ea esse, quæ quibusdam perpetuo fruenda traduntur ea lege, ne auferre liceat, quandiu pensio pro his *domino* præstetur. Dixit, *domino*, non dominæ civitati, aut dominis municipibus, ut intelligeremus ius hoc a quovis domino etiam privato constitui posse, ut sic deinde illi pensio pro eo iure recte præstetur. Postremo non hoc tantum civitatum & municipum ius est, ut res suas possint transferre ad alios, sed & privatorum. *§. per traditionem. Inst. de rer. divis.* Qui dominium ipsum transferre potest, multo magis ius in re, quod minus est, quale est emphyteuticum, potest transferre. *L. non debet cui. D. de reg. iur.* Sane si cui interdicta erit agri alienatio, eum in emphyteusin non dabit: quoniam ut supra diximus huius Lib. Cap. X. emphyteusis hac prohibitione continetur. *L. ult. C. de reb. al. non alienand.* Hinc est, quod *ecclesia* (*) *res ecclesiasticas quanvis suas in emphyteusin dare non potest, nisi iis conditionibus, quæ præscribuntur Novella Iustiniani*, de alienat. & emphyt. *quippe prædiorum ecclesiasticorum alienatio inhibetur* eadem constitutione.

(*) Alienatio rerum Ecclesiasticarum & multo ante Iustinianum, & post eius tempora fuit a Sacris Canonibus interdicta; & modi quidam alienationis solemnes præstituti; & pœnæ adversus contumaces sancitæ. Ant. August. *in Epit. Iur. Pontif. Lib. 15. tit. 31.* Novissime vero tota hæc iuris pars Paulina Constitutione, quæ incipit. *Ambitiosæ.* comprehensa. Quibus Ecclesiasticis Legibus in re Ecclesiastici iuris pareri necesse est. Minus itaque necessaria, immo nullius auctoritatis, atque usus est Iustiniani Novella 120. qua Ecclesia non obligatur. Vid. Gonzal. *in Comment. ad Cap. 1. de his qua fiunt a Prelat.* Emin. Petra *in Comment. ad Constit. Apostol. in Const. Leon. M.* Tom. I. *Lect. 1. n.* 13. *n.* 19. *& seqq. n.* 37. *& seq.* Leuren. *For. Eccles. Lib.* 3. *tit.* 13. *Q.* 181.

XI. Res, in qua consistit ius emphyteuticum, est ager, seu fundus. Non ergo in emphyteusin dari possunt [5] res mobiles, sed nec ex immobilibus [6] ædes. Soli sunt, ut dixi, agri qui fiant & dicantur vectigales aut emphyteuticarii. Unde passim legimus agrum vectigalem, & fundum vectigalem de rebus emphyteuticariis. *L.* 1. & toto *Tit. D. si ager vect. L. lex vectigali. D. de pignor.* Nominatur quidem indefinite prædium vectigale in *L. tutor*, *§. ult. D. de pignorat. act.* Sed ne hic verbo prædii generali intelligamus contineri prædia etiam urbana, id est, ædes, ut est verbi usus *L. urbana. D. de verb. significat.* ibidem sic prædium vectigale appellatur: ut nominatim distinguatur a prædio superficiario, id est, a superficie, & ædibus, quæ habentur in alieno solo, de quo postea. Legimus tamen vectigales ædes in *L. si finita. §. si de vectigalibus ædibus, D. de damn. inf.* Sed ex usu perpetuo luris illic accipiemus ædes vectigales, quæ sunt in prædio vectigali ædificatæ: aut dicemus abusive vectigales dictas pro superficiariis. Sed prius verius est, cum vectigale prædium aperte distinguatur a superficiario in *d. L. tutor. §. ult. de pignorat. act.*

XII. Constituendi, transferendique iuris emphyteutici iidem modi sunt; qui & dominii transferendi. Duobus igitur modis fundus in emphyteusin dari potest, ut sit ius emphyteuticum in fundo constitutum, efficiaturque fundus vectigalis & emphyteuticarius; testamento & pactionibus.

XIII. Testamento recte constituitur, cum testator [7] dat legat alicui fundum, ut sit apud eum *emphyteusis iure*, certa pensione in singulos annos constituta, ut fert huius *iuris* natura. Si res ipsa simpliciter legata esset, transiret dominium rei legatæ ad legatarium *L. a Titio*, 64. *D. de furt.* Transibit igitur eadem voluntate & ius emphyteuticum legato constitutum. Minus est enim hoc ius, quam dominium: nec debet, ut paulo ante dixi, cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. iur.* Sed & ususfructus & servitutes testamento constitui possunt eodem genere legati. *L. 6. D. de usufr. L. via, D. de servit.* suntque hæc itidem iura in re sua a domino constituta. Cur qui unum genus iuris in re sua constituere potest testamento, non possit & aliud quodvis, quanvis maius, ratio reddi non potest: cum non alio iure in uno genere constituendo dominus utatur, quam quod sit dominus. Sed inter legatum rei simpliciter legatæ, & rei in emphyteusin relictæ hoc interest, quod res legata recta transit ad eum cui legata est: *d. L. a Titio, D. de furt.* non item ius emphyteuticum. Quia enim quod legatur in emphyteusin, legatur, addita certa pensione, quam legatarius eo nomine præstet: habet hæc præstatio & obligatio conditionem, si legatarius velit. Neque enim invitus obligari debet. *L. 6. in pr. D. de acq. her.* Quocirca tunc solum illi quæretur ius emphyteuticum, cum dixerit sibi legatum & pensionem placere. Idemque plane hic eveniet, quod fieret, si fundus certo pretio alicui venditus esset testamento; aut heres iussus certo pretio vendere. *L. etsi æquo*, 66. *D. de leg.* 1. *L. qui quatuor*, 30. *§. si fundum, D. de leg.* 3. Nam & constitutio fundi vectigalis similis est venditioni aut locationi. *d. §. adeo, Inst. de loc.*

XIV. Pactione hoc ius constituitur, cum de re in emphyteusin danda inter dominum, & eum qui suscipit, convenit. Hunc contractum valere iubet constitutio Zenonis: *L.* 1. *C. de iur. emph.* sed hac [8] conditione, si scriptura interveniat. Sic enim cavet; *iustum esse hunc validumque contractum, in quo cuncta pactionibus, scriptura interveniente, habitis placuerint.* Hæc verba, *in quo placuerint*, demonstra-

5) Vid. Valasc. *Q.* 1. *n.* 4. & *Q.* 12. ubi & quid de rebus solo cohærentibus, annuis reditibus &c. Ratio autem est non quod in re mobili dominium directum ab utili distingui non possit; nec quia res mobiles perpetuum aut diuturnum usum non præstant, nam huic rei occurri posset per cautionem, ut in usufructu earum rerum &c. sed quia in illis non datur cultura, melioratio, &c. Valasc. *d. Q.* 12. *n.* 11.

6) Sed verius est etiam in domibus consistere posse emphyteuses, licet prima earum institutio fuerit de prædiis, Valasc. *Q.* 12. *n.* 1. Zoan. *Rer. Quotid. C.* 50. *n.* 1. non tantum propter *d. L.* 15. *§.* 26. ad quam dura est nostri responsio. Neque enim frequens est stipulatio damni infecti in ædificiis rusticis, quæ fere non contigua esse solent ædificiis vicinorum, sed & per *Nov.* 120. *C.* 1. *Auth. si quas ruinas C. de SS. Eccles.*

7) De nominatione emphyteuticaria in testamento, an legati naturam habeat, & an, testamento everso, casibus illis, quibus legata rata manent, sustineatur vid. Clar. *§. Emphyteusis Q.* 4. Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 61.

8) Quæ communis opinio est, vid. Valasc. *Q.* 7. A qua recedunt Connan. 7. *Comm.* 13. Cuiac. *in Recitat. ad h. t. C. per L. ult.* verbis, *vel forte instrumentum C. h. t.* Si enim amissio nihil nocet, nec nocebit omissio. *Heidecc in L. naturalis* 5. *de præscr. verb. Axiom.* 4. Quæ opinio inde speciosa reddi videtur, quod Emphyteusis sit contractus solo consensu initus, quod & *d. §.* 3. *I. de Loc.* & ordo in Cod. observatus convincit. Quare ad sui validitatem scripturæ interventum non exigit, alias nasceretur obligatio ex litteris. Sed his occurritur *infra Lib.* 13. *C. ult.* Nihil sane hanc opinionem iuvat *Nov.* 7. *in fin. præfat.* Nam ibi, *gesta monumentorum* significant actorum insinuationem, ut in *L.* 34. *pr. C. de donat. Nov.* 117. *C.* 11. *vers. si autem Auth. si quis liberos C. de nat. lib.* Nec igitur inde probatur Anastasium primum (proinde non Zenonem requisivisse scripturam non in omni emphyteusi, sed certa eius specie.

strationem habent in futurum conceptam: huiusmodi autem demonstratio conditionem habet, *si placuerint*. *L.* 6. *D. de leg.* 1. ut sit sensus; si modo cuncta placuerint, scriptura interveniente, idest ita, ut scriptura interveniret. Ex quo colligitur, si scripto res gesta non erit, nihil agi. Quod præter regulam iuris receptam esse apparet, qua fit, ut scriptura ad rei gestæ substantiam aut fidem non sit necessaria. *L.* 4. *D. de pignor. L.* 4. *D. de fid. instrum.* Sed in hoc contractu scripturæ exigendæ ratio hæc fuit, quod cum res hic detur vel in perpetuum, vel in longum tempus: vix est, ut rei gestæ extare memoria possit sine scriptura.

XV. Non tamen ut hic contractus iustus præcesserit, continuo fundus constituitur emphyteuticarius, seu constituitur transferturque ius emphyteuticum: fundum etiam tradi oportet eo nomine. Ut dominia non acquiruntur solis pactis, sed traditionibus; etiam cum pactum & conventio antecesserit: *L. traditionibus, C. de pact.* sic nec ius emphyteuticum, quod dominii instar obtinet, ut paulo post dicetur, *L. possessores, in fin. C. de fund. dot.* Ne servitutes quidem pactionibus aut stipulationibus constitutæ aliter acquiruntur ei, cui constitutæ sunt: quam si fuerint ei traditæ, aut quid intervenerit, quod cederet pro traditione. Ususfructus consensu constitutus, nihilominus dari debet fructuario, ut ei acquiratur: & dari ei intelligitur, cum inducitur in fundum fruendi caussa. *L.* 3. *in pr. D. de usufr.* Sed & servitutes prædiorum non aliter imponuntur prædio servienti, & dominanti acquiruntur: quam si domino prædii dominantis quasi traditæ sint. In quibus usus dominantis, & servientis patientia pro traditione habentur. *L. quoties, ult. D. de servit. L.* 1. *in fin. D. de servit. rustic. prædior.* Multo ergo minus ius emphyteuticum acquiretur emphyteuticario, nisi prædium ei emphyteusis caussa traditum fuerit. Plus est enim omnibus modis in iure emphyteutico, quam in usufructu & cæteris servitutibus. Idcirco non temere prædia emphyteutica ita describuntur in *d.* §. *adeo, Inst. de loc.* ut dicantur esse ea, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur: recte *traduntur*, ut intelligamus non prius ea fieri emphyteutica, seu emphyteutici iuris, etsi contractus emphyteuticus de his eo nomine tradendis præcesserit. Id eam vim habet, ut si dominus post hunc contractum interpositum, re nondum futuro emphyteutæ tradita, eum fundum alii vendiderit, & tradiderit: nihil 9 iuris sit emphyteutæ isti in eo fundo, sed totum transferatur in emptorem. Solum emphyteuta actionem habet ex eo contractu in personam domini & heredes eius in id, quod sua interest fundum traditum fuisse. Id ita fieret, etsi dominus fundum ipsum vendidisset simpliciter alicui emptori primo: deinde, fundo nondum tradito, eum alteri vendidisset ac tradidisset. Nam & hunc posteriorem, cui res tradita est, placet in dominio detinendo esse potiorem, solum actione ex empto priori emptori relicta, ob rem non traditam. *L. quoties, C. de rei vind.* Quod adversus eum emptorem, cui non tantum emptione tributum fuit, multo magis probandum est. Utrumque ex eo, quod & dominium, & ius emphyteuticum non nisi traditione acquiritur.

XVI. Non est contrarium, quod lex Zenonis iubet hunc contractum firmum esse. Nam & pactiones firmæ sunt ac stipulationes, quibus ususfructus & servitutes constituuntur: neque ideo tamen ista prius acquiruntur, quam tradita fuerint, ut dixi. Valet contractus, ut obligetur, qui promisit se quid daturum: non valet eousque: ut inde res statim transferatur; quoniam traditione transfertur, non pactione sola. *d. L. traditionibus, C. de pact.* Sic & maxime valere constat emptionem, qua priori alicui fundus venditus est: neque tamen ei acquiritur, si traditus ei non erit, sed alii. *d. L. quoties, C. de rei vind.*

XVII. Quid ergo opus fuit, quæret aliquis, constitutione Zenonis, quæ est de hoc contractu confirmando? *L.* 1. *C. de iur. emph.* Nempe eo pertinuit, ut ex eo contractu etiam solo consensu nasceretur actio, cum aut prius non nasceretur, nisi re & traditione secuta; aut certe de eo ambigeretur. Si esset locatio, ut quidam putabant: iam ante satis constitisset, contractum valere, & ex eo iure civili esse actionem; sed alii dissentiebant, qui magis putabant esse emptionem. Quid ergo? ex horum sententia dicemus potius emptionem esse? At priores dissentiunt, quibus magis placet locationem videri. Et habet utraque sententia suas rationes. Dixeris esse locationem, si pensionem constituitur spectes. Talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in emptione unum pretium statuatur semel præstandum. Rursum dixeris esse emptionem, si spectes id, quod agitur de re transfe- ren-

9) Vid. Valasc. post alios *Iur. Emph.* Q. 14. *n.* 7. ubi *n.* 9. aliud esse in venditione duplici emphyteutæ, licet utraque consensu domini facta sit.

renda. Hoc enim agitur; ut veluti dominium quoddam transferatur in emphyteutam: certe ut rei vindicandæ caussa in rem actio in eum transferatur. Quod plane accedit ad emptionem: cuius proprium est, re tradita, dominium transferre, si venditor fuit dominus. *L. ex empto. D. de act. empt. §. venditio. Inst. de rer. divis.* A locatione procul recedit. Hæc enim dominium non mutat. *L. non solet. D. loc.* In hoc veterum dissensu cum de nomine contractus ambigeretur, nihil aliud supererat, nisi ut ex eo contractu ageretur præscriptis verbis. *arg. in L. 1. D. de æstimatore act.* Porro ex qua conventione præscriptis verbis actio fuit; ea non fuit nuda, id est, fuit eiusmodi, ut non nasceretur inde actio, nisi re secuta. *L. ex placito. C. de rer. permut. L. 1. illic, item emptio. D. eod.* Ita plane in hac dissensione is contractus fuit, in quo ex solo consensu non nasceretur actio: cum ita ius sit, ut ex pacto non nascatur, nisi conventio transeat in aliud certum nomen contractus. *L. iurisgentium.* in princ. *D. de pact.* dict. *L. 1. D. de rer. permut.* Et ut quis dicat in superiore dissensione actionem esse potuisse ex solo consensu, quia alterutrum saltem esse diceretur, aut locatio aut emptio, quorum uterque firmissimus est contractus: tamen ne sic quidem obtineri potuit, ut ex eo contractu esset actio, re non secuta. Revera enim neutrum est; ut bene & ex natura rei, neget Zeno ius emphyteuticum conductionis aut alienationis, eoque emptionis titulis esse adiiciendum. Nam, ut modo dixi, non est locatio, quia ex contractu emphyteutico id agitur; ut, re tradita, detur emphyteutæ in rem actio. *L. 1. D. si ag. vect.* Non est actio in rem locatori ex locatione, quia non solet locatio dominium mutare. *L. non solet. D. loc.* Non est venditio, quia in venditione unum pretium statuitur, quod pro re tradita semel præstetur; non pro singulorum annorum usu sua pensio, quod est proprium locationis. Quapropter faciendum erat necessario, ut si secundum regulas iuris vellemus ex eo [10] contractu sine traditione esse actionem, interveniret auctoritas iuris, quo is contractus nominatim confirmaretur. Id præstitit Zenonis constitutio, quæ eum contractum iubet & propriam naturam habere distinctam a locatione & venditione, & nihilominus firmum & ratum esse contractum. Sed meminerimus confirmationem eo pertinere solum, ut contractus eam vim habeat, quæ solet esse cæterorum contractuum, qui solo consensu perficiuntur: nempe ut ex eo agi possit, sicut ageretur ex venditinne aut locatione; non etiam ut sine traditione ex hoc contractu dominium transferatur; quod non efficitur ullis conventionibus quantumvis iustis. *d. L. traditionibus. C. de pact. d. L. quoties. C. de rei vind.* Manebit igitur, ius emphyteuticum constitui & transferri legato, sine ulla fundi vectigalis traditione, ubi semel legatarius emphyteuta legatum iuris constitui agnoverit: ex contractu autem emphyteutico ita demum, si fundus eo nomine emphyteutæ traditus fuerit: atque hinc primum fundum constitui emphyteuticarium & vectigalem.

XVIII. Finis constituendi huius iuris, & contractus proprius tria continet, quæ definitione complexi sumus: ius, cuius habendi caussa ager vectigalis datur; tempus, ad quod usque datur; & pensionem annuam.

XIX. Ius tale est. Datur fundus habendus & fruendus ea lege, ut pro tempore constituto non possit emphyteutæ auferri pensionem solvendi. *d. §. adeo, Inst. de loc.*

XX. Tempus huic iuri conveniens est, ut aut detur [11] in perpetuum, qnod magis huius contractus proprium est; *L. 1. in fin. D. si ag. vect.* aut ad tempus quidem, ut est in *L. ult. D. eod.* sed ad tempus non modicum. Nam hoc ad constituendam in rem actionem in ædibus superficiariis necessarinm esse scribit Ulpianus in *L. 1. §. quod ait, D. de superf.* Quod multo magis in agro emphyteuticario probandum est; cum in eo plus vindicet emphyteuta, qui solum etiam ipsum vindicat; quam superficiarius in superficie, qui, nihil vindicat nisi superficiem, solo semper alieno manente.

XXI. Nec aliud probandum puto in fundo, quem quis ad tempus conductum habet a municipibus, tametsi Bartolus ad *d. L. 1. §. quod ait*, putat [12] huic statim in rem actionem quæri. Sed inauditum

10) Et quidem actio ex emphyteusi, quia est contractus nominatus, si recte Valasc. *Q. 6. n. 5. & seq.*

11) Nam & ius Emphyteuticum vocatur perpetuarium *L. 1. C. de off. comm. sacr. palat.* Baro *in §. 3. I. de Loc.* Valasc. *Q.* 36. Et quia perpetuarii conductores, qui in perpetuum rem conduxere *L. 1. L. 3. L. ult. Cod. de locat. præd. civil. Lib. 11.* inde Tiraquellus perpetuam conductionem viribus ac effectu esse contractum emphyteusis, & ob cessationem triennii ius perinde amitti, de *Retr. lignag. §. 1. Gl. 14. n. 84.* de quo dubito. Vid. & ea de re Valasc. *Iur. Emph. Q.* 29.

12) Cum quo fere A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 10. putans si sub lege pendendi vectigalis, & ita ne interim expelli possit conductor, fiat locatio, haud dubie vectigales fundos esse etsi ad tempus locati. Nam, inquit, in *L. 1. pr. D. Si ag. vect.* non tam ex tempore discernuntur agri, quam

ditum est de agro conducto actionem in rem conductori dari, nisi ager sit vectigalis, seu emphyteuticarius, etiam si ager datus sit a municipibus. *L.* 1. *D. si ager vect.* Quippe locatio non mutat proprietatem. *L. non solet, D. loc.* At fundus ad breve tempus locatus a civitate non ideo efficitur emphyteuticarius: alioqui & privata locatione efficeretur, cum unus & idem contractus emphyteuticus pariter servetur inter omnes, & pariter efficiat agrum emphyteuticum inter quoscumque sit interpositus. *L.* 1. *C. de iur. emph.* Non recte movetur Bartolus hoc argumento quod publicano, qui publicum locum fruendum conduxit, datur interdictum eius loci retinendi caussa. *L.* 1. *D. de loc. pub. fru.* Non enim ideo publicanus, possessione amissa, habet in rem actionem. Nam & ei qui superficiem conduxit in alieno solo eiusmodi interdictum datur: non tamen actio in rem, nisi hac conditione, si non ad modicum tempus conduxit. *d. L.* 1. *§. quod ait*, de supers. *Non modico tempori* opponitur *longum*. Sic sit; ut recte sentiant, qui agrum ad tempus fruendum datum interpretentur fieri emphyteuticarium, si ad longum tempus datum sit.

XXII. In perpetuum datum intelligimus, cuius habendi finis nullus praestitutus est: sive nominatim id comprehensum sit lege vectigalis, ut perpetuo haberetur, quandiu praestaretur pensio; sive datus sit fundus simpliciter in emphyteusin [13] nullo certo tempore habendi praefinito. Longum tempus Accursius in *L. ult. D. si ag. vect.* inter caeteras sententias recte sic accepit: quod esset, ut minimum, decem annorum. Si quod erit prolixius tempus constitutum, sane id longum erit. Sed ut non sit longius, dummodo sint decem anni, id in usu iuris *longum* appellatur. Hinc *longi temporis* praescriptio dicta, non tantum quae est viginti, sed etiam quae decem annorum. *L. pen. C. quib. non obiic. long. temp. praescript. L. pen. C. de praescr. long. temp.* Sed & diuturnum & longum tempus veteribus idem valent. *L. si quis diuturno, D. si servit. vind. L.* 1. *C. si advers. cred. praescript. opp.* Diu autem & diuturnum illi interpretantur non minus decennio, *L. si fideicommissa*, §. *Aristo, D. qui & a quib. manum. lib. non fi.* Unde intelligitur eos & longum tempus eodem modo accipere. Hoc idem & vulgo receptum testatur Bartolus, & ipse probat ad *d. L.* 1. *§. quod ait, de super.*

XXIII. Pensio praecipue propria est huius contractus & emphyteutici iuris; ut scilicet detur ager fruendus [14] certa pensione constituta. §. *adeo, Inst. de loc.* Et certe sine hac aut venditio sit, si semel pretium solvatur; aut permutatio, si species cum specie commutetur; aut si pro re nihil omnino praestatur, donatio. Quae omnia cum dicimus esse in fine huius iuris, nempe hoc dicimus sic ista esse huius iuris propria, ut si quid eorum desit, non sit contractus emphyteuticus, non ager vectigalis aut emphyteuticarius.

CAP.

quam lege canonis solvendi adiecta, quia tum temporis privatis non usurpata ea locatio, sed certa potius mercede, quae non vectigalis ac tributi loco sit, sed fructuum modo respondeat, fiebat. Sed vid. *N.* 14.

13) *Valasc.* Q. 1. *n.* 12. Quid si nominatim ad tempus, nec id definitum, vid. *ibid. n.* 13. *&* 14.

14) Non pro mercede, in quo a locatione differt, sed in recognitionem dominii, Valasc. Q. 1. *n.* 15. Atque ita differt a iure censitico, quo res pleno iure domini tenetur, de quo vid. Valasc. *Iur. Emphyt.* Q. 32. Gomez. *in L. Taurin.* 68. *n.* 2. *&* 3. *Novell. Aug. Elect. Sax.* 39. *pag.* 2. *&* *ibi* Moller.

C A P. X I V.

Ius emphyteuticum constitutum quale: seu quid ad emphyteutam transferat, quid domino adimat.

Ius emphyteuticum quale. Emphyteutæ commoda & ouera quæ. I.

Emphyteutæ commodo cedit ius dominio proximum. II.

Ideoque tales dominii partes, & actiones. III.

Ius habendæ & possidendæ rei, eoque uomine actio in rem utilis vel adversus dominum, & exceptio vicissim. IV.

Item ius habeudi rem iucolumem, remedia quoque servandæ rei prodita. V.

Item ius nteudi fruendi perpetuum, & talis iuris tuendi præsidia omnia, quæ domino tributa. VI.

Item ius alienandi, oppigneraudi, servitutes imponendi. Contrariorum refutatio. VII.

Superius alienandi a Iustiniano imminutum, & quatenus. L. cum dubitabatur 3. Cod. de Iur. Emphyteut. *aualysis, & iuterpretatio* VIII. IX. X. XI. XII. XIII.

Personarum divisio. IX.

Quædam prohibitæ, & minus idoneæ. *Quæ sint, & an inter* prohibitas *sint milites & Curiales. Refellitur Accursius.* X.

Quædam idoneæ, *sed si trium conditiouum præsidio munitæ.* XI.

1. *Si dominum iu emptione præferat emphyteuta, eique testato denuntiet, si velit emere.* XII.
2. *Si a domino novus emphyteuta inducatur in possessionem, & inductio ista petatur.* XIII.
3. *Si solvatur domino quinquagesima pretii, aut æstimationis.* XIV.

Summa iuris de emphytenticæ rei alienatione a Iustiniano constituti. XV.

In venditione iuris emphyteutici domino dennntiatio facieuda, eiusque consensus requireudus etiam contractus initio: iu donatioue & permutatione solum cum res traditur, domiui consensus desideratur. XVI.

Differentiæ, ratio. XVII. XVIII.

Contrariis occurritur. Conciliatio L. si quis 1. C. *de fund. patrim. Lib. XI. & L.* si domus §. si fundus 71. *D. de legat.* 1. *cum L.* cum dubitabatur 3. *Cod. de Iur. emphyteut.* XIX.

Domini consensus & iu meliorationum fundi venditione & translatione necessarius: minime vero in servitutum coustitutione, aut agri vectigalis oppigueratione; & quare. XX.

Emphyteutæ onera & præstationes: duplex eorum partitio. XXI.

Iu re dominio præstare debet emphyteuta, ne ipsa deterior fiat: qua de re alibi. XXII.

Iu rebus exteruis, 1. *annuam & certam pensionem, quandiu præstetur.* XXIII.

2. *Publicarum fuuctiouum apochas: utræque quid sint: quatenus intersit domiui apochas accipere; & quomodo illi cautum, ut præstentur ab emphyteuta.* XXIV.

Summa præstatiouum emphyteutæ iu alienatione rei emphyteuticæ & meliorationum. XXV.

De iure domini in fuudo vectigali ab eo facto, & quibus iu rebus appareat. XXVI. XXVII.

Emphyteuta uon est dominus fuudi vectigalis, seu emphyteuticarii: & iuepta dominii vulgata divisio in directum & utile: ad quem sensum hæc Interpretum divisio trahenda. XXVIII. XXX.

Excipitur emphyteuta fuudi patrimonialis. XXIX.

I. Iure emphyteutico constituto, & recte quæsito emphyteutæ: sequitur, quod est proximum, ut de conditione iuris constituti cognoscamus: idest, quale id ius sit; quid eo ad emphyteuticarium transferatur, quid domino decedat. Constat ius emphyteuticum commodo & onere. Commodum est id, quod emphyteuta accipit, & habet in agro emphyteutico. Onus id, quod pro eo vicissim domino debet præstare. Quantum accipit emphyteuticarius; tantum est, quod de iure dominii domino decedit. Quantum autem præstare debet domino; tantum est quod domino relinquitur, præter ius quod is habet adversus cæteros possessores.

II. Quod emphyteuta accipit, ius est dominio proximum. Et vero quandiu præstat illa, quæ illum præstare oportet; & breviter quandiu ius emphyteuticum illi sal-

salvum est: pro domino est pœne omnibus ex partibus dominii; & in omnibus his iure domini utitur: quod in eo est, ut de agro vectigali statuere possit, ut velit per omnia non aliter, quam dominus faceret in re sua.

III. Id ex partibus dominii ita liquebit, si eas illi omnes, & remedia harum obtinendarum caussa constituta tributa esse animadverterimus. Habet vero emphyteuta hæc omnia: ius habendæ rei, & incolumis servandæ; ius utendi fruendi ita, ut solus uti possit, ut velit; postremo & ius alienandi. Quas omnes dominii partes esse supra diximus.

IV. Ius habendæ & possidendæ rei statuitur emphyteutæ, cum dicitur rem traditam illi auferri non posse. *d. §. adeo, Inst. de loc. L. 1. D. si ag. vect.* Et ut domino huius possessionis obtinendæ caussa proposita est in rem actio: sic & 1 emphyteutæ eadem adversus omnes fundi vectigalis possessores. Tantum hoc interest, quod domino datur directa, ut ex verbis legis: *L. in rem, D. de rei vind. §. namque, Inst. de act.* emphyteutæ autem solum utilis: *L. tutor, §. ult. D. de pignorat. act.* quia is scilicet dominus non est. *d. L. 1. D. si ag. vect.* Sed & hæc utilis eiusdem potestatis est, eumdemque effectum habet, ut de utili traditur in *L. actio, D. de neg. gest.* Idque in hac actione tanto citius licet dicere: quod placet emphyteutæ competere in rem actionem non tantum adversus alium quemvis possessorem; sed & adversus dominum; atque adeo adversus civitatem ipsam, quæ agrum vectigalem constituerit. *d. L. 1. in fin. D. si ag. vect.* Aliter, atque in Publiciana, quæ cum sit & ipsa in rem actio; competit quidem bonæ fidei possessori adversus cæteros possessores omnes; adversus dominum ipsum non datur. *L. pen. L. ult. D. de publican.* Ut plane appareat, hac parte emphyteutam effectu esse dominum. Quod si emphyteutæ in rem actio est rei persequendæ caussa; multo magis possidenti erit adversus omnem vindicantem exceptio ad rem retinendam iuxta regulam iuris. *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.*

V. Huic iuri illud adiunctum est, ut rem incolumem ei habere & tueri liceat. Quam ad rem eadem remedia illi prodita adversus damna imminentia. Nam hæc si ab opere aliquo facto contingunt: est adversus futura opera operis novi nuntiatio, aut aquæ pluviæ arcendæ actio, prout res est, unde periculum metuitur: adversus præterita interdictum quod vi aut clam. Hæc quidem remedia etiam superficiario ad superficiarias ædes incolumes habendas prodita legimus. *L. 1. §. 1. L. 3. §. penult. D. de op. nov. nunt.* Plus autem iuris habet in re emphyteuticarius, quam superficiarius, cum ille rem totam sibi habeat; superficiarius solum ædes solo alieno semper manente. Ut minimum, certe emphyteuticarius iuris habet tantumdem. *L. tutor, §. ult. D. de pignorat. act.* Idem ergo emphyteuticario datum intelligere debemus. Si damnum metuitur ab ædibus vicinis ruinosis, etiam emphyteuticarius damni infecti utiliter stipulari potest. Nam & potest superficiarius. *L. qui bona, §. superficiarium, D. de damn. inf.* Si vicinus opus faciat in suo, quo facto futurum sit, ut aqua pluvia agro vectigali noceat, etiam emphyteutæ aquæ pluviæ arcendæ actio competit. *L. quod principis, §. hæc actio, D. de aq. pluv. arc.* quæ tamen actio denegatur fructuario. *L. 3. in fin. D. eod. tit.*

VI. Ius utendi fruendi emphyteutæ 2 perpetuum, non ut fructuario personale, statuitur his verbis; cum dicitur prædium ei fruendum dari ita, ut neque ei, neque successori auferre liceat. *d §. adeo, Inst. de loc. d. L. 1. si ag. vect.* Proinde quæ remedia sunt domino ad usum rei suæ & fructum tuendum: eadem intelligere debemus & constituta esse emphyteutæ, puta adversus eos, qui eum prohibent, re vectigali uti ut sua, aut negatoria in rem actio; aut interdictum uti

1) Quam A. Fab. 10. *Coniect.* 11. vult esse prætoriam pariter uti quæ superficiario datur. Sed revocat suam sententiam, 63. *Err. Pragm.* 9. per *L. 2. §. 2. D. Si ager vect.* ubi dicitur *placuisse*, scilicet vel prudentibus vel imperatoribus *competere* actionem. Prætoria utilis non competere dicitur, sed dari, licet directa prætoria dicatur & competere ex ipsis scilicet prætoris edicti verbis. Utilis autem non item. Atqui hæc est utilis. Ergo civilis, inducta forte Prudentum auctoritate, stricti iuris ratione deficiente. Hinc & actio de fundo vectigali dicitur proposita *L. 66. pr. de evict.* a prudentibus scilicet, & idem 65 *Err. Pragm.* 3.

2) Emphyteusis civilis, simpliciter vel in perpetuum concessa, ad quosvis heredes, etiam, extraneos, transit: Ecclesiastica non æque, sed sæpe non extenditur ultra tertiam generationem, vid. Forst. *Lib. 2. de Success. C. 23.* Chiflet. *de Port. legit. C. 14. p. 829. & seq.* Goed. *ad L. 219. de V. S. n. 3.* Kenst. Coppin. *Lib. 3. de Priv. rust. C. 2.* Solet autem sæpe pro se & heredibus accipi, de quo vid. Clar. §. *Emph.* Q. 28. Valasc. Q. 44. pro se & liberis, de quo A. Fab. 33. *Error. Pragm.* 10. Ubi quæritur an & filii naturales veniant, de quo Clar. Q. 30. Forst. 6. *de Success.* 18. An & filiæ ac fœminæ descendentes? Quod affirmat Fachin. 8 *Contr.* 97. & 11. *Contr.* 20. quia hæc iusta interpretatio, & contrahentium menti conveniens. Quare recipitur etiam in contractu stricti iuris. Et alias, ex natura huius contractus, cui se in dubio contrahentes accommodasse censendi, non excluduntur fœminæ, dist. Clar. Q. 31. Solet & ad certas generationes concedi, vid. Valasc. Q. 4. n. 8. Io. Vinc. Honded. *Vol. 1. Cons.* 54.

uti poſſidetis. *L.* 2. *L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſervit. vind.* *L.* 3. §. 1. & ſeq. *D. uti poſſid.* aut iniuriarum actio. *L. qui pendentem*, *D. de act. empt.* Eademque iniuriarum actio eſt, ſi quem emphyteuta prohibeat, in fundum vectigalem ingredi venandi aut aucupandi cauſſa: & is invito eo ingrediatur. Sed meminerimus ius fruendi illi datum, quod ius quia in eo eſt, ut quis utatur fruatur ſalva rei ſubſtantia: *L.* 1. *D. de uſufr.* intelligere debebimus etiam emphyteutam ſic agro vectigali frui debere, ut ſubſtantiam agri & rerum manentium non tollat. Quocirca arbores frugiferas non incidet, nec data opera, aliter rem deteriorem faciet. Alioquin ob hæc facta etiam eiici poteſt. Quod quia ad ius amittendum pertinet; de eo poſtea in admiſſione huius iuris opportunius dicetur.

VII. Ius alienandi 3 emphyteutæ ſtatuitur his verbis; cum dicitur, non licere prædium vectigale auferre, neque ipſi emphyteuticario, neque heredi eius, cuive emphyteuticarius hereſve eius id prædium vendiderit, aut donaverit, aliove quocumque modo alienaverit. *d.* §. *adeo*, *de loc.* & quod paucioribus verbis dicitur in *d. L.* 1. *D. ſi ag. vect.* non licere agros vectigales auferre neque ipſis, qui acceperunt, neque eorum ſucceſſoribus. Si cuivis ſucceſſori auferre non licet; nempe in quemvis ſucceſſorem emphyteuta hereſve eius quavis ex cauſſa utiliter tranſtulerit, alienaverit. Quod ſi ius ſuum emphyteuta in totum alienare poteſt: multo magis poſſeſſionem agri retinens poterit id ius minuere, aut oppignerando agrum, aut ei ſervitutem imponendo. Fundum ergo vectigalem emphyteuta pignori dare poteſt. *L. lex vectigali*, *D. de pignor.* Poteſt & ſervitutem ei imponere: quod & ſuperficiario conceditur. *L.* 1. §. *ult. D. de ſuperf.* Nec contrarium eſt, quod diximus emphyteutam non poſſe agrum emphyteuticum deteriorem facere. Nam neque pignore, neque ſervitute impoſita, fit conditio agri vectigalis domino deterior: cum neque manente iure emphyteutico: neque amiſſo, iſta domino noceant. Non manente iure, quia id emphyteutæ ſoli minuitur, cuius id proprium ius eſt: Non finito, quia ſublato iure emphyteutæ, etiam ius pignoris & ſervitutum ab eo conſtitutarum ſua ſponte ſolvitur. *d. L. lex vectigali*, *D. de pignor.*

VIII. Fuit autem alienandi transferendique fundi vectigalis poteſtas olim emphyteutæ heredique eius libera, quandiu vectigal penderetur. *d. L.* 1. *L.* 2. *ſi ag. vect.* Poſtea conſtitutione Iuſtiniani aliquatenus eſt imminuta. *L.* 3. *C. de iur. emph.* Sententia conſtitutionis huiuſmodi: Si quid inter dominum & emphyteutam de alienatione fundi vectigalis convenit, velut liceret alienare, vel ne liceret, placet conventionem ſervari. Ius vetus ſumptum ex edicto de pactis *L.* 1. *L. iuriſgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Unde illa regula veterum in hanc ſententiam, *contractus ex conventione legem accipere*. *L.* 1. §. *ſi convenit*, *D. depoſ.* *L. contractus*, *D. de reg. iur.*

IX. Si nihil convenit: ſic temperatur emphyteuticario poteſtas alienationis: ut Iuſtinianus quaſdam perſonas excipiat, in quas non liceat ius tranferre; & in licitas transferri non concedat, niſi certis conditionibus.

X. De perſonis ita cavit, ut prohibeat emphyteutam vendere iis perſonis, *quæ ſolent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiuſmodi venire emptionem*. Sic verba ſunt *d. L.* 3. §. *ſin autem* quas perſonas conſtitutio vocat perſonas *prohibitas*, & *nec idoneas*. Itaque duo ſunt genera perſonarum, quæ ab hac alienatione arcentur, Perſonæ *prohibitæ*, & Perſonæ *non idoneæ*. Perſonas ad eam alienationem venire prohibitas accipiemus, de quibus in lege & conventione agri vectigalis, &, ut loquitur conſtitutio, in contractu ipſo emphyteutico probibentibus contrahentibus, cautum eſt, ne his vendere, aut donare, aut aliter alienare liceret: ut intelligamus magis bas perſonas prohiberi accedere conventione contrahentium, quam Iuſtiniani lege; eoque & ad priorem illam partem pertinere, qua placet, ſi quid bic de alienatione conveniſſet, pactionem eſſe ſervandam. Quod & Accurſius ad eum locum recte initio accepit. Non quod in numero prohibitarum iſtarum perſonarum adiicit præterea curiales & milites, quaſi hi conditione perſonæ vetentur emphyteuſin ſuſcipere, & in eam ſententiam citat *L. curialis*, *L. milites*, *L. licet*, *C. de loc.* nihil adfert, quo non potius probetur, iſtos eius iuris, ut dominii rerum ſuarum eſſe capaces. Vetantur enim iſti ſuperioribus locis conductores eſſe rerum alienarum: At emphyteuſis neque locatio neque conductio eſt, ut diſerte cautum eſt conſtitutione Zenonis, *L.* 1. *C. de iur. emph.* Sed & qui rem accipit in emphy-

3) Eſt & emphyteutæ commodum alluvionis, nec inde augetur penſio, ut tradit Valaſc. Q. 16. n. 7.

emphyteusin, non ut alienam accipit, sed ut suam, ut declarant iura emphyteutæ superiora. Unde & emphyteutæ pro dominis babentur. *L. possessores*, *C. de fund. patrim. lib.* 11. Postremo locatio ius dominii non mutat: *L. locatio*, *D. loc.* at empbyteusis mutat, siquidem alienatio est. *L. ultim. C. de reb. alien. non alienand.* Sint ergo in constitutione Iustiniani personæ *probibitæ* eæ, quas dixi; non hæ posteriores. Quod ad *non idoneas* personas attinet, hæ definiuntur *ibidem*, ut sint, quæ non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem, idest, pensionem, quæ pro agro emphyteutico debetur.

XI. Iam ut sint personæ idoneæ, ad quas ius emphyteuticum transferatur: non tamen conceditur transferre, nisi certis conditionibus, quæ positæ sunt in his, quæ Iustinianus in *d. L.* 3. *C. de iur. emphyt.* voluit in ea translatione ab emphyteuta domino tribui. Ea sunt tria: emendi iuris emphyteutici prærogativa; novi emphyteutæ inductio in possessionem; & pro admisso honorarium quinquagesimæ partis.

XII. De emendi prærogativa, quam domino illic tribui dicimus, ita cavet; ut si emphyteuta reperit aliquem, qui velit emere ius emphyteuticum, & pretium certum offerat: debeat emphyteuta dominum eodem pretio emere volentem, huic præferre. Quam ob caussam iubetur is domino denuntiare testato, esse qui velit emere, & indicare quantum ille offerat: ac simul facere domino potestatem emendi eodem pretio, si velit: Post hanc denuntiationem sive velit dominus emere, sive se dicat nolle, expeditum est. Nam volente eo emere, dum ipse præfertur, inhibetur alienatio in alios; negante autem eo se emere velle, nihil est, quod remoretur sequentem alienationem. Quod si dominns in alterutram partem nihil respondens, tantum se deliberaturum ostendat: iubetur emphyteuta expectare eius voluntatem intra alios duos menses, ea lege ut si per id tempus is non emat, aut taceat: tum liceat emphyteutæ, ius suum, cui velit, dum [4] idoneæ personæ, & ubi velit, vendere. Hæc in *d. L.* 3. vers. 1. & duobus sequentibus, *de iur. emph.* Atque hinc primum libera emphyteutæ vendendi alii huius iuris facultas nascitur.

Tom. II.

Quam postquam nactus est: restat adhuc ad iuris venditi translationem, ut inducatur emptor, idemque novus emphyteuta futurus in possessionem agri vectigalis. Ut sic res & ius emphyteuticum acquiratur traditione, sine qua ut dominia non transferuntur: sic nec ius emphyteuticum, aut alia inferiora iura in rem, ut supra in constitutione huius iuris docuimus.

XIII. Etiam in hac inductione Iustinianus hoc domino detulit, ut deberet ab eo impetrari, si posset, quo is novum emphyteutam in possessionem ipse admitteret. *d. L.* 3. vers. *necessitatem*. Et ad eam rem iniunxit emphyteutæ alienaturo, ut is hanc inductionem a domino peteret testato. Post quam denuntiationem rursum si dominus nihil aperte neque negaret, neque concederet; iussit per duos menses eius domini voluntatem de hac re exspectari. *d. L.* 3. *vers. ult.* ea lege, ut si dominus intra eos menses, novum emphyteutam velit admittere; admittat ipse aut per se, aut per alios ea fide instrumenti, quæ præscribitur in *d. L.* 3. vers. *necessitatem*.

XIV. Quo subsecuto, tum illi pro [5] subscriptione & admissione sua tribuit honorarii loco quinquagesimam partem pretii, si ius emphyteuticum venditum est; vel æstimationis loci, si ex alia [6] caussa, quam ex emptione locus transfertur *d. L.* 3. vers. *& ne avaritia*. Quod si dominus intra eos menses duos novum emphyteutam alioquin idoneum admittere supersederit: tum rei etiam tradendæ, ac sine consensu domini transferendi liberam potestatem esse vult emphyteutæ. Et quidem ita, ut nec quinquagesimam illam, quæ pro admissione solum debetur, dominus consequatur. *d. L.* 3. *vers. ult. & pen.*

XV. Ex his de potestate alienandi iuris emphyteutici licet colligere hanc summam: quatuor scilicet casibus emphyteutam vendere non posse agrum vectigalem. Uno, si conferat venditionem in personas non idoneas. Altero, si cum alius emere vellet, non prius domino id denuntiaverit. Tertio, si cum denuntiasset, dominus emere maluerit. Quarto, si etiam domino admonito nec emente, ante duos menses rem vendat. Iisdemque de caussis impeditur ei & iuris emphyteutici tradi-

 tio.

4) Quare si rusticus nobili emphyteusin venditurus, dominus, etsi ipse emere nolit, prohibere tamen potest, ne sua conditio durior fiat emphyteusi in se parem translata, ob difficiliorem exactionem canonis, & laudemiorum, vid. Moll. 2. *Sem.* 13.

5) Laudemia vocantur, de quibus vid. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 50. Moller. 5. *Sem.* 3. (ubi an ex venditione sub pacto redimendi debeantur) *&* 2. *seqq.* Coler. *Decis.* 33. Si heredes petierunt renovationem investituræ, & postea diviserunt emphyteusin, an duplex laudemium solvendum, vid. Mod. Pist. *Parte* 1. *Q.* 37. qui negat, & Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q. ult.*

6) De laudemio in permutatione vid. H. Pist. *d. Q. ult.* Moller. *d. Cap.* 3. Modest. Pist. *P.* 2. *Q.* 68.

tio. Contra cum personæ erunt idoneæ, in quas ius transfertur, & a domino petitum est, ut admitteret venditionem, & novum emphyteutam: dicemus emphyteutam consequi alienandi iuris sui potestatem liberam duobus casibus: Uno, si dominus ei permittat alii vendere: & emphyteutam in possessionem admittat: Altero, si intra duos menses, ex quo hæc a domino desiderata sunt, dominus neutrum eorum fecerit.

XVI. Quoniam autem constitutio magna ex parte superiora exigit in eo, qui ius emphyteuticum vendat, (nam ad hunc solum conferuntur verba *d. L.* 3. in vers. *sed ne hac*, & vers. *sin autem duorum*, *C. de iur. emphyt.*) quæsitum est, an in sola venditione istam denuntiationem & domini consensum exigere debeamus; an vero & in eo, qui donet ius emphyteuticum, aut cum alio permutet, eadem intervenire debeant. Et probandum est inter venditionem & cæteros contractus in hac re hoc interesse, quod in cæteris ad contractum ipsum ineundum, & ad eligendum eum, in quem voluntatem conferre volumus, consensus domini non est necessarius, eoque nec requirendus: ad admittendum autem ex iis contractibus traditionem, & inducendum novum emphyteutam in possessionem idem consensus domini requirendus est, qui in venditione. Hoc sentio: liberum esse emphyteutæ sine domini consensu eligere quoslibet dum idoneos, quibus donet, aut leget ius emphyteuticum, aut cum quibus permutet; nec quominus id fiat, dominum posse impedire, alienationem in se transferendo. Proinde nec necesse esse emphyteutæ, quo id facere liceat, dominum admonere, aut eius consensum in eo expetere, multo minus exspectare intra duos menses. At ubi electo eo, in quem voluntatem suam conferat, ad rem ei tradendam & ius emphyteuticum transferendum ventum erit, ibi a domino desiderandum similiter, ut ex caussa venditionis, ut novum emphyteutam suscipiat; ac de eo consensum eius esse exspectandum intra duos menses: intra eos si admittat emphyteutam, ut constitutio exigit, consequi eum quinquagesimam partem æstimationis fundi vectigalis: duobus autem mensibus exactis, intra quos cessaverit, liberum esse emphyteutæ ius suum etiam non consentiente domino, nec quidquam inde sperante ad alios transferre.

XVII. Quod dico ad contractum cum alio ineundum, seu ad alium eligendum, cum quo de iure emphyteutico contrahamus, requiri domini consensum aut interpellationem in venditione; in cæteris non requiri: ex ratione constitutionis & fine illi interpellationi proposito evidenter colligitur. Exigendæ enim illius interpellationis in venditione hæc ratio est, comprehensa in *d. L.* 3. *§. sed ne hac*, *C. de iur. emph.* quia placet fieri debere domino potestatem eodem pretio emendi, si velit. Huic rationi locus esse potest in venditione: in donatione aut permutatione perspicue locum non habet, ac nec potest habere. Ideo enim fit domino potestas emendi, quia potest id facere, & quidem ex voto emphyteutæ sine ulla eius iniuria. Nihil enim amplius agebat emphyteuta in ea venditione, quam ut alienato iure emphyteutico, pretium constitutum inde consequeretur. At hoc dominus potest præstare, nec vero aliter res ei addicitur, quam si præstet. Quod consecutus emphyteuta, habet, quod voluit. At in permutatione agri vectigalis, & iuris emphyteutici non potest dominus præstare idem, quod offert is, cum quo permutatio instituitur, quia dominus aut non habet easdem res, aut non eodem loco sitas & æque commodas emphyteutæ. In donatione autem omnino non habet, quod offerat, quoniam donatio gratuita est. Dominum autem 7 postulare sibi ius emphyteuticum donari, quod emphyteuta

7) *Ita &* Bronch. 1. *Ass.* 80 Phil. Matth. *ad L.* 21. *de R. I. n.* 12. *& seq.* Rarissime, inquit, dominus consecuturus, sed sibi potius donatum volet, quæ res liberalitatem maxime impediret. Et consentit Clar. § *Emphyt. Q.* 15. Forn. 2. *Select.* 30. ac Gœd. *ad L.* 219. *de V. S. n.* 3. qui, quod legari & donari possit sine novo domini consensu, putat probari ex *d. L.* 219. quia, inquit, quicquid olim in vectigali fundo iuris, id hodie in emphyteutico, (in quo fallitur: Sic enim novæ Zenonis & Iustiniani leges nihil novi disposuissent. Et recte noster olim iure Digestorum venditionem quoque vectigalium non desiderasse consensum domini.) Ibidem admittit istud Gœddæus etiam in emphyteusi Ecclesiastica, modo non alienetur in potentiorem vel aliam Ecclesiam, eumve qui solvendo non sit. Quo facit quod venditionis appellatione proprie & puriter loquentibus, non venit donatio *L.* 37. *& seq. de contr. empt. L.* 8. *§.* 13. *Quib. mod. pig.* Nec in contractibus statutis, aut legibus recipienda interpretatio ea ut vendidisse censeatur, qui donavit, ut A. Fab. licet aliud agens, 14. *Conject.* 13. *initio*. Dissent. Sarmient. *Lib.* 3. *Select. Interpr. C.* 2. ubi quinque diversas opiniones recenset, Fachin. 3. *Contr.* 97. per *d. L. ult. pr. ibi.* vendere vel transferre. Ac licet, inquit, una caussa, quæ in venditione, desit in donatione: non tamen aliæ deficiunt, ut sciat dominus quis novus emphyteota, ut antequam eum admittat, provideat sibi de laudemio, & canone annuo præstando, sed hunc obicem declaratio nostri removet) & idem 6. *Contr.* 98. *ac* 10. *Contr.* 68. Sane ut temere hic a Donelli sententia, ceu probabili recedere non ausim; ita nec ratione forte carebit, si dicamus omnimodo prius esse denunciandum domino, non ut eligat, sibi donatum malit, an alteri; sed ut vel rem iusto pretio accipiat, vel donationem intra duos menses confirmet: tum ut honor hic illi habeatur in signum superioritatis: tum ut obviam eatur fraudibus eorum, qui ut eludant legum requisita, & offerendi domino necessitatem, cum revera vendituri sint, dicis gratia, donabunt, pretium a simu-

ta alii donatum voluit, aperte iniqnum est. Neque enim exigi debet ab emphyteuta, ut eodem modo erga dominum fundi sit affectus, quo est erga eum, cui donatum voluit, cum certæ sint caussæ huius affectionis erga eum, cni donatnr, quæ non pariter cum domino fundi intercedant. Donatio autem ex his solum caussis proficiscitur. *L. nec adiecit. D. pro soc.* Et ideo videmus in constitutione Iustiniani, cum iubetnr dominus admitti ad eumdem contractum, quem emphyteuta cum alio instituit, admitti eum solum in venditione, & fieri ei potestatem idem emendi, non etiam ius emphytenticum ex cæteris contractibus & caussis ad se transferendi. *d. L.* 3. *§. sed ne hac*, & seq. *de iur. emph.* Quæ res facit, ut ex cæteris caussis supervacuum sit domini consensum aut voluntatem exspectare, qui etiam si velit, quominus ex hac caussa recte in alium transferatur, impedire non possit.

XVIII. Alia caussa est, cum de iure emphyteutico transferendo, & novo emphyteuta in possessionem admittendo agitur. Postulat hæc translatio etiam ex cæteris canssis, puta donatione & permutatione, domini consensum & inductionem in possessionem, aut certe eius moram, qualem ante diximus. Id indicant verba constitutionis. Primum quod cum de transferendo agitur, generaliter vetat emphyteutam sine consensu domini ius emphyteuticum transferre: & præterea ut liceat non consentientibus dominis transferre, exigit, ut dominus interpellatus noluerit novum emphyteutam admittere intra duos menses. *d. L.* 3. in pr. illic, *minime licere*, & *§. ult. de iur. emph.* Deinde consentienti domino & novum emphyteutam admittenti hoc tribuit, ut accipiat quinquagesimam partem pretii, vel æstimationis loci, qui transfertur. Non recte accipiamus hanc disiunctionem in sola emptione. Alioquin nihil hic certum constituet Iustinianus: qnod tamen maxime hac constitutione facere voluit. Quæremus enim, utra ex his quinquagesimis domino dari debeat: eane, quam elegerit ipse dominns, idest, quæ erit maior, an ea, quam elegerit emphyteuta, idemque debitor, idest, quæ erit minor altera: Sic enim eligerent illi, si illis electio data esset. Si quid de ea electione hic expressum esset, non dubitaremus. Sed etsi nihil de ea adiectum esset, eoque nihil impediret, quominus hanc electionem daremus emphyteutæ; diceremus in alternativa oratione, eius ut debitoris esse electionem iuxta formam iuris. *L. plerumque, §. ult. D. de iur. dot.* proinde & minimam ex his quinquagesimis ab eo deberi. *L. si ita*, 12. *D. de verb. obligat.* Nunc autem verba electionis ad dominum referuntur. Permittitur enim ei, ut hanc aut illam accipiat: non autem emphyteutæ, ut hanc aut illam det. Bene igitur Accursius hanc electionem accepit non in uno & eodem contractu emptionis, sed in diversis; ut qninquagesima pretii ad eum contractum referretur, in quo inest pretium, idest, ad emptionem: quinquagesima autem æstimationis loci, ad reliquos contractus, ex qnibns sine pretio res transfertur. Unde intelligitur etiam in cæteris alienationibus iuris emphyteutici exigi, ut dominus velit novum emphyteutam in possessionem admittere, postquam & in his pro admissione iubetur accipere quinquagesimam. Et sane cur dominus novum emphyteutam in possessionem admittere debeat in venditione iuris emphyteutici potius, quam in donatione, aut permutatione, ratio reddi non potest: sed quibuscumque ex caussis id Ius transfertur, æque domini interest cum novo emphyteuta agere, & eum admittere. Primum, ut cum eo contrahendo, idest, rem rei tradendo eadem lege, qua priori data erat, habeat actionem in personam adversus eum de pensione constituta. Deinde ut admittens novum emphyteutam accipiat quinquagesimam lege constitutam, quam nihil caussæ est, cur potius in venditione accipiat pro beneficio admissionis, quam in cæteris alienationibus.

XIX. Plerique [a] obstare putant *L.* 1. *C. de fund. patrim. lib.* 11. & *L. si domus*, 71. *§. ult. D. de leg.* 1. quibus in locis de fundo vectigali *illic*, donato ab emphyteuta, *hic* legato agitur: placetque & *illic* donationem firmam esse, & *hic* legatum valere, nec quidquam de consensu do-

simulato donatore clam accepturi: tum quia inter alias rationes *L. ult. C. h. t.* & hæc forte fuit, ne res quæ in dominio domini eiusve antecessorum pleno iure fuit, ipso invito, ad alios, quam cui ea iure vectigali concessa, eiusque heredes transeat: tum ne domino invito, & pretium pro re solvere parato ingratus forte & non acceptus emphyteuta, tametsi idoneus, obtrudatur. Denique quia sic nulla iniuria sit emphyteutæ alienaturo, qui pretium pro fundo a domino accepti donando liberalitatem exercere suam erga amicum potest. An inconsulto domino plures emphyteutæ rem dividere possint, vid. Clar. 14. Fachin. 10. *Contr.* 50. qui affirmant.

8) Ant. Fab. 64. *Error. Pragm.* 1. *circ. fin.* putat speciale esse, ut qui accepit a fisco, ius habeat transferendæ emphyteuseos in extraneum pro arbitrio, inconsulto non tantum fisco, sed & iudice *d. L.* 1. Idque inde, quia in multis eadem caussa fisci, ac reipublicæ. *L.* 38. *de reb. auct. iud. possess. L.* 2. *Qui pot. in pig.* At qui a Rep. accepit (quem vectigalem vocat & ab emphyteusi separat Faber) libere, ex sententia Fabri, alienat. Sed falsum hoc præsuppositum. vid. *N.* 5. *C. praeced.*

ſu domini adiiciatur, quo eum ad confirmationem eius donationis aut legati intervenire oporteat. Sed ne quis propter hos locos mutanda putet ea, quæ de donatione iuris emphyteutici & translatione ex cæteris cauſſis extra venditionem diximus; obſervandum eſt nihil in his locis de donatione fundi vectigalis, legatove dici, quod non item dicatur de venditione eius fundi, quem emphyteuta alteri vendiderit, in *§. adeo, Inſt. de locat.* Cum enim *illic* dicitur non poſſe fundum emphyteuticarium auferri ei, cui emphyteuticarius vendiderit: nihil aliud dicitur quam ratam eſſe venditionem: id ipſum quod de donatione huius iuris ſcriptum eſt in *d. L. 1. C. de fund. patrim.* Neque tamen propter eum locum quiſquam putat mutandum eſſe, quod de conſenſu domini in ea translatione exigendo Iuſtiniani conſtitutione cautum eſt, *d. L. 3. de iur. emph.* Quare nec propter ſimiles locos mutari oportet, quod de eodem conſenſu in cæteris cauſſis ad translationem exigendo diximus: quoniam Iuſtiniani conſtitutio generaliter loquitur, & cavet, ne ſine eo conſenſu intra duos menſes ius emphyteuticum transferatur. Neque ideo ſuperiores loci ſunt contrarii. Verum eſt enim ex omnibus cauſſis ius emphyteuticum recte alienari ab emphyteuta, & ad alium transferri, non tantum ſi vendat, ſed etiam ſi donet, aut ex alia cauſſa tranferat, ut eſt in *d. §. adeo,* ſed cum hoc temperamento & velut correctione, quam Iuſtiniani conſtitutio poſtea addidit, dum emphyteuta impetret domini conſenſum ad translationem, aut certe intra duos menſes eum expectet. Sic ſunt priores leges, ut temperamentum de eadem ſpecie poſterioribus legibus additum trahatur ad priores. Unde evenit, ut quodammodo prioribus ineſſe videatur. *L. non eſt novum, & ſeqq. D. de legib.*

XX. Quod conſtitutio Iuſtiniani ab emphyteuta exigit in venditione & translatione iuris ipſius emphyteutici; hoc idem [9] exigit in meliorationibus fundi vendendis & transferendis. *d. L. 3.* in pr. verſ. *ſin autem, §. ſin autem duorum, & §. ult. de iur. emph.* Meliorationes vocat eaſdem, quas verbo græco dici ait emponemata in *L. 2. C. eod.* quo etiam verbo utitur in *d. L. 3. §. ult.* quaſi dicat ad laborationes, & culturas. Utroque autem verbo ſignificantur partes agri emphyteutici labore & cultura emphyteutæ meliores factæ, veluti, ſi in aliqua parte vitem inſtituerit, aut ſilvam, aut arundinetum, ut eæ partes multo pluris ſint, quam cum fundus in emphyteuſin acceptus eſt. Cuiuſmodi meliorationis exemplum eſt in *L. pen. in pr. D. loc.* Utcumque eſt autem domini conſenſus, quem exigi aut exſpectari debere in iuris emphyteutici, aut meliorationum alienatione dicimus, ſemper tamen res huc redit, ut nihilominus poteſtas eius iuris alienandi emphyteutæ ſtatuatur, quam ſcilicet liberam conſequatur aut domini conſenſu, aut poſtquam is interpellatus eſt duorum menſium interpoſita mora: dummodo ad perſonas idoneas ius transferat. Sed hæc omnia de vera & præſente iuris emphyteutici alienatione dicta ſunt. Ad [10] ſervitutum conſtitutionem, aut oppignerationem agri vectigalis non pertinent, etſi hæc alienationis verbo contineri dicuntur in *L. ult. C. de reb. al. non alienand.* Hæc enim ad periculum amittendæ penſionis, aut novi emphyteutæ, aut minuendæ rei domino non nocent, cum ſemper vetus emphyteuta ius ſuum retineat, retineat & poſſeſſionem, & ſi quid iuri rei detrahit, detrahat ſuo, non alieno: poſtquam amiſſo iure ſuo, ſuperiora etiam iura ſolvantur, ut ante dixi. Solum hoc metuetur, ne creditor iure ſuo uſus agrum vendat. Sed hoc ſi facere volet, eadem hic domino præſtare debebit; quæ emphyteuta ipſe præſtare deberet, ſi venderet. Alioqui ambo iure ſuo cadent ſecundum ea, quæ in hac alienatione ſervanda eſſe prius diximus.

XXI. Quæ cum omnia ſint in iure & poteſtate emphyteutæ, plane emphyteuta eſſet dominus agri emphyteuticarii, niſi quid præſtare eum domino oporteret, quo intelligeretur, eum qui dedit, adhuc dominum manere. Sed certa ſunt, quæ emphyteuta pro fundo præſtare domino debet. In quibus eſt illud onus, quo etiam hoc ius conſtare ſupra dixi Quod quale ſit, videamus. Et eorum, quæ ab emphyteuta exiguntur, quædam ſunt, quæ in tota poſſeſſione ſua præſtare debeat; quædam, quæ in iuris ſui venditione & alia quavis alienatione. In tota poſſeſſione ſua domino præſtare debet tria: in re quidem, ne eam deteriorem data opera faciat: in rebus autem externis [11] penſionem

9) Ius meliorationum quomodo differat a iure emphyteuſeos, vid. Valaſc. *Iur. Emph. Q. 1. n. 19. & ſeq.*

10) Clar. §. *Emphyt. Q.* 18. Quæ fere omnium opinio, teſte Moller. 3. *Semeſtr.* 45. *n.* 3. Contra tamen in his terris obtinere monet ex *Nov. Elect. Auguſti* 23. *p.* 2.

11) Sive in pecunia, ſive in alia re fungibili, frumento, oleo, vino, Valaſc. *Q.* 1. *n.* 7. Quæ iuſta ſit penſio vid. idem *Quæſt.* 11. An pro ea domino tecita hypotheca in prædio *Q.* 4. *n.* 6. & 7. vid. & de penſionis ſolutione Coler. *Dec.* 24. An hic præſcriptioni 30. vel 40. annorum locus? Negat Fach. 8. *Contr.* 99.

fionem folitam & conftitutam, & publicarum functionum apochas. Tot enim exiguntur in *L. 2. in pr. C. de iur. emph.*

XXII. De deterioratione attigi antea, ac dicam plura in amiffione huius iuris.

XXIII. Quod ad penfionem attinet, hæc demum eft, quam proprie ex contractu emphyteutico deberi conftat: ex quo eodem, quæ fit hæc penfio, & quanta, intelligitur. Datur enim, ut fupra diximus, fundus emphyteuticus fruendus femper certa penfione annua eo nomine conftituta, quæ domino præftetur: ac fine ea non fit ager emphyteuticus. *d. L. 1. D. fi ag. vect. d. §. adeo. Inft. de loc.* Et ut intelligatur, quantopere debeatur hæc penfio, de eius præftatione ita cautum eft lege Zenonis, *L. 1. C. de iur. emph.* ut placeat nec propter cafus fortuitos in agro vectigali incidentes quofcumque, & quantumcumque de prædio abftulerint, emphyteutam ulla ex parte eius penfionis præftatione liberari. Veluti, fi fundus occupatus fit a mari aut flumine, fi hiatus terræ quid abfumpferit. Hac tamen conditione, [11] quandiu quid ex eo fundo vel minimum fupererit. Cæterum, fi ex eo cafu totus [13] fundus fit abfumptus, placet emphyteutam amplius nihil debere. Idem ergo dicemus, fi propter hoftium vim aut latronum potentiam fundus non poffit poffideri. Nam quomodo fundus auferatur emphyteutæ ne eo frui liceat, nihil intereft. Et hi cafus in eadem cauffa habentur in *L. cum unus, §. ult. D. de reb. auct. iud. poff.* Hæc de penfione.

XXIV. Publicarum functionum apochæ quæ fint, & quid fibi velit, ac quorfum exigatur eorum præftatio, videndum eft. Publicæ functiones funt publicæ penfitationes, id eft, ea quæ fifco aut reipublicæ quotannis præftantur, quorum penfitationi prædium emphyteuticum eft obnoxium. Qualia funt vectigalia, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectionem aggerum, & fimilia. Quæ qui præftat, dicitur his præftationibus fungi, quafi dicas eas præftationes obire. Unde præftationes ipfæ dictæ functiones. *L. pen. & ult. C. de apoch. publ. lib.* 10. Hæc munera atque onera a prædiis ipfis debentur: inde etiam per confequentiam a prædiorum poffefforibus. *L. imperatores, D. de publican.* Idcirco [14] & ab emphyteuta, qui fundi poffeffor eft. *L. fciendum, in pr. D. qui fatifd. cog* Hæc cum folvit emphyteuta, fi fibi confultum vult ad futuri temporis cautionem, ne iterum de eadem re conveniatur; curare debet, ut accipiat apocham publicam a quæftore, cui folvit, de quo genere eft in *d. tit. C. de apoch. publ* Eft autem apocha inftrumentum pecuniæ folutæ, id eft, quo creditor profitetur fibi pecuniam folutam effe. *L. qui tabulas, in fin. D. de furt.* Sed fibi accipere eiufmodi apochas publicas emphyteutæ liberum eft. Illud non eft ei liberum, ut accipiat, aut ne accipiat domini cauffa. Quin in hac re hoc ab eo exigitur, ut accipiat faltem in gratiam domini: ut fi fibi quoque cavere vult, cum publicas iftas penfitationes præftat, exigat duas apochas: unam, quam fervet fibi, ne ipfe iterum conveniatur de iis, quæ femel folvit: alteram, quam præftet domino fundi, eaque præftatio eft, quam nunc ab eo exigi dicimus. Ufus huius apochæ hic eft, ut fi quando fundus vectigalis ad dominum redierit, qui cafus multi funt, ut paulo poft dicetur, poffit dominus fimiliter tutus effe, ne & ipfe iterum folvere cogatur, quæ apparet foluta effe ex apochis. Non fit hoc fruftra. Nam fi quid folutum non effet ab emphyteuta pro eo tempore, quo is poffedit, poffet nihilominus a domino exigi, cum fundus ad eum perveniffet. Sic funt omnia prædia tributis & publicis functionibus obnoxia; ut qui ea cœpit poffidere, non tantum folvere debeat eius temporis quo poffidet, vectigalia & fimiles penfitationes; fed etiam reliqua præteriti temporis ab alio ante contracta, quia in his ipfa prædia conveniantur, non perfonæ. *L. imperatores, D. de publican. L. 2. 3. C. fine cenf. vel rel. fund. compar. non poff.* Hæc fi non præftentur domino, duplex via eft, qua illi confulatur. Primum exigere penfionem poteft, fi vult. Et in eam rem habet actionem in perfonam adverfus emphyteutam ex contractu emphyteutico; contractu lege nova Zenonis confirmato, & actione ex eo contractu inducta. *L. 1. C. de contract. emph.* Unde intelligitur [15] competere hinc condictionem ex lege. *L. unica,*

D. de

[11]) Aliud in locatione. Ratio differentiæ. Canon non præftatur ob ufum, fed in recognitionem domini, quod in minima, quæ fupereft, particula hæret, toto autem fublato exftinguitur. Vult. *in §. 3. I. de Locat. n.* 14. Nec igitur ob fterilitatem remittitur, de quo vid Clar §. *Emphyteufis Q.* 8. *n.* 7. Valaf. *Q.* 27. *n.* 23. *& feqq.* Bronch. 1. *Aff.* 84. Fropp. ab Æxema 2. *Differt.* 15.

[13]) Quæ fententia communis. Pro eo tempore quo hoftes poffident, totus fundus perit. Quare non obftat quoad bellum cafus fortuitus Fachinæ. 1. *Contr.* 90. vid. Alc. *in L.* 21. §. 1. *de acq poff* Valafc. *Q.* 27. *n.* 13 *& feqq* qui hanc quæftionem dubitatiffimam vocat, & Teffaur. *Dec.* 20.

[14]) De quo plene Valaf. 1. *I. Emph Q.* 17.

[15]) Quæ communis opinio referente Valafco *Q.* 6. *n.* 8 Clar. §. *Emphyt. Q.* 47. eo tamen magis inclinante, quod uti emptio parit actionem empti, locatio locati: ita hic contractus actionem ex emphyteufi.

D. de cond. ex lege. Quod si etiam emphyteuta per triennium totum aut non solvat domino solitam pensionem, aut non præstet publicarum functionum apochas; tum etiam hæc volente domino pœna est, ut liceat ei emphyteutam reiicere. *L. 2. C. de iur. emph.* In agris ecclesiasticis in emphyteusin datis voluit Iustinianus biennium dumtaxat in hac re exspectari. *Novel. de al. & emph. §. si vero quis aut locator*. unde *auth. qui rem, C. de sac. sanct. eccl.* Quæ pars quoniam amissionem iuris emphyteutici continet, exponetur a me sequenti loco, in quo quæritur, quibus modis, & quando hoc ius amittatur.

XXV. In alienatione iuris emphyteutici & meliorationum emphyteuta domino ea præstare debet, de quibus supra in hac alienatione diximus. Quorum summa hæc est: ut si emphyteuta rem alii vendere cogitat pretio oblato: denuntiatione interposita, potestatem domino faciat emendi eodem pretio, si velit. Id si domino placet, tum ei potius rem addicere eodem pretio: Si dominus silet, eius voluntatem expectet emphyteuta ad duos menses, ex quo illi denuntiavit. In traditione autem & translatione iuris emphyteutici, quacumque ex caussa transferatur, desideret a domino, ut novum emphyteutam in possessionem admittat. Quo cessante, nihilominus & hic voluntatem eius exspectet ad duos item menses. Intra quos domino novum emphyteutam admittenti iubetur præstare quinquagesimam partem vel pretii in venditione iuris emphyteutici, vel æstimationis loci extra venditionem. Sed & post duos istos menses, quibuscumque vendet, aut ad quoscumque ius transferet invito domino, quod illi concessum est: semper hoc excipitur, ne transferat ad personas non idoneas solvendæ pensioni, aut ad eam alienationem accedere prohibitas. Si quid adversus ea fecerit, pœna hæc est, ut iure suo cadat. *d. L. 3. in fin. C. de iur. emph.* Quibus omnibus casibus res ad dominum redit, quos nunc tantum breviter perstringimus, ut pro loco, quia cum & hi pertineant ad amissionem huius iuris, opportunius omnes huius generis casus in unum conducti in ea parte exponentur.

XXVI. Ex his iam statui potest, in vectigali & emphyteuticario fundo uter sit dominus, ipse qui fundum dedit: an emphyteuta qui accepit: & in summa quid iuris quantumque uterque in eo fundo habeat. Apparet igitur eum, qui fundum in emphyteusin dedit, nihilominus dominum manere. Et quidem non a veteribus tantum, sed & in omnibus constitutionibus posterioribus, quæ huic iuri plurimum tribuerunt, is perpetuo rei dominus appellatur, distinguiturque hoc nomine ab emphyteuta. *§. adeo, Inst. de locat. L. 1. L. 2. L. 3. C. de iur. emphyt.*

XXVII. Ac ne otiosum quis dicat hoc dominium, alio fundum possidente, eoque utente fruente; spectatur hoc ius dominii in his rebus tribus: in pecuniis, quæ pro eo iure præstantur, exigendis; in iure revocandæ & sibi vindicandæ rei; in actione in rem directa, quæ de fundo emphyteutico ei competit. Quæ pecuniæ præstantur domino pro fundo, hæ sunt: annua pensio initio constituta; & si ius emphyteuticum ad alios transfertur, domino novum emphyteutam recte admittente, quinquagesima pretii, vel æstimationis loci. Hæc non ob aliam caussam, quam quia dominus est, cui præstantur: & ut emphyteuta his præstationibus eum talem agnoscat. Quod tum vere intelligitur, cum emphyteuta hæc, uti oportet, non præstitit. Tunc enim vetus ille dominus iure suo usus ob ius dominii non agnitum rem ad se revocat, ut mox dicetur. Ius revocandi & sibi vindicandi fundi emphyteutici non in hac specie tantum spectatur, sed in omnibus iis modis, quibus hoc ius amittitur, aut in commissum cadit, de quibus postea. Tot enim modis res ad dominum illum veterem redit, non ut eius nunc fiat, sed ut dominium, quod prius imminutum habuit, iam integrum ei confirmetur, sublato emphyteutico iure, quod prius illi obstabat. Actionem autem directam in rem de fundo emphyteutico, etiam manente adhuc iure emphyteutico, & pensionibus recte solutis, habet dominus is, qui fundum dedit. Constat enim eum habuisse, priusquam fundum vectigalem faceret. Tum enim pleno iure dominus fuit. Ex quo in rem actio iure civili. *L. in rem, D. de rei vind. §. namque Inst. de act.* Hanc autem agro emphyteuticario facto, non amisit: quandoquidem emphyteuta solum utilem in rem habet, similiter ut superficiarius. *L. tutor, §. ult. D. de pignorat.* Ex quo intelligitur &, fundo emphyteutico facto, directam actionem eiusdem manere, cuius prius fuerat. Quod de eo domino, qui alii in suo solo superficiem constituit, diserte scriptum est in *L. 1. §. is autem, D. de superf.* Huius actionis usus hic est, ut ea dominus fundi uti possit, non quidem adversus emphyteutam, qui etiam a domino ipso potest ultro fundum vindi-

vindicare, ut supra diximus: *L.* 1. *D. si ag. vect.* sed adversus alium quemvis fundi emphyteuticarii possessorem. Tribuitur hoc domino soli in superficiariis ædibus in *d. L.* 1. *§. is autem, de superfic.* Tribuendum igitur & ei, qui fundum emphyteuticarium constituit, quia uterque pariter est rei dominus, & directam actionem de re, ut ante, retinet. Dominus ergo manet, qui fundum in emphyteusin dedit, nec frustra aut verbotenus dominus dicitur, in quo sunt ii dominii effectus, quos dixi.

XXVIII. Quod si ita est, emphyteuta non est dominus fundi vectigalis seu emphyteuticarii. Neque enim duo domini eiusdem rei in solidum esse possunt. *L. si ut certo, §. ult. D. commod.* Et ne in re aperta argumentis sit opus, diserte scribitur in *L.* 1. *si ag. vect.* etiam eos, qui a municipibus fundum in perpetuum fruendum & vectigalem acceperunt, in rem quidem actionem habere etiam adversus ipsos municipes: attamen non effici dominos. Quæ mihi fuit caussa in quæstione dominii, cur, dominio definito, non sim usus divisione vulgari, qua dominium dividunt [16] in directum, & utile. Directum appellantes eius, qui fundum in emphyteusin dedit, aut in suo constituit aliis ius habendi superficiem, seu superficiarias ædes, quia hi habeant his de rebus directam actionem in rem: utile autem dominium emphyteutæ, & superficiarii, quia his detur actio in rem utilis. Non recte statuuntur hæ dominii species, si emphyteuta & superficiarius domini non sunt. Emphyteutam autem dominum non esse iam ostendi. Quod de superficiario multo magis dicendum est, quem constat in alieno solo ædes positas habere, quarum ideo proprietas & civili & naturali iure non potest alius esse, quam eius, cuius est solum. *L. ult. D. de superf.*

XXIX. Sane possessores & emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos ad patrimonium principis pertinentes beneficio principis in emphyteusin acceperunt, dicuntur fundorum esse domini, in *L. possessores, C. de fund. patrimon. lib.* 11. Sed proprium hoc illorum emphyteuticariorum ius est, eoque [17] nec ad cæteros transferendum. Sic enim de his alii Imperatores nominatim scribunt in *L.* 4. *C.* eod. tit. *fundi patrimoniales, & qui emphyteutico iure ad domum nostram diversis generibus devoluti sunt, sic eis, qui eos poposcerint, cedunt; ut commissi metus esse non possit. Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii: ita tamen, ut eam quæ in nostra possessione positi præstiterint, & in posterum dissolvant.* Hæc illi, quæ ipsos proprie de suis fundis dicere apparet.

XXX. Et tamen quia excepta pensione & superioribus præstationibus, emphyteuta alius quivis, si modo fundum in perpetuum acceperit, omnia fere iura domini obtinet: fatendum est ius eius esse dominio proximum, & ipsum quasi dominum quendam esse fundi. Nec aliud interpretes puto sentire, cum huius dominium vocant utile, propter actionem in rem utilem, quæ huius dominii nomine competit. Verbo quidem parum apto, & iuris auctoribus incognito; divisione autem ei generi quod dividunt, nullo modo conveniente. Attamen ea sententia, quam dixi, dum significare volunt emphyteutam effectu iuris quodammodo dominum esse. Eadem forma, qua hypothecaria actio dicitur quasi Serviana. *§. item Serviana. Inst. de act.* quæ tamen propter effectum interdum dicitur absolute Serviana. *L.* 3. *D. de pign.*

CAP.

16) Duar. 1. *Disput.* 17. Cuiac. 11. *Obs.* 35. Baro *Lib.* 4. *de Benef. C.* 7. Forst. 2. *de Succes.* 18. *n.* 42. dicens, si totas Pandectas aliquis evolvent, distinctionem hanc non reperturum, Vult. *in pr. l. de* 2. *D. n.* 24. eam promanasse ex fecibus posterioris seculi, *&* *Discept. C.* 16. Bodin. *Distrib. iur. univers. pag.* 36. hæc verba ex usu feudorum manasse in vulgus. Et hanc divisionem naturam dominii confundere, generis ac totius differentiam subvertere. Frider. Tileman. *P.* 2. *Disput.* 13. *Th.* 5. & Gifan. *ad Rubr. D. de acq. dom. n.* 15. Pinel. *in L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 6. Rittershus. *Parest. Feud. Lib. I. C.* 3. *Q.* 4. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 1. *§.* 2. *n.* 8. A. Fab. 20. *Coniect.* 11. *p.* 110. Diff. Zas. *in L.* 17. *§.* 1. *de acq. poss. n.* 12. *&* *seqq.* caussa, ait, facilioris eruditionis, Coras. 6. *Misc.* 20. P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 7. Hotom. *Disput. Feud. C.* 33. Rob. 3. *Sent.* 18. *in fin.* Gœd. *ad L.* 27. *de V. S. n.* 18. & DD. *Communiter* Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr. C.* 75. *n.* 24. *&* *seq.* Valas. *Iur. Emph* *Q.* 13. *&* *seq.* Veteri autem iure differentia fuit dominii bonitarii & Quiritarii, de quo Rev. 2. *Var.* 12. Gifan. in *d. Rubr. n.* 19. A. Fab. *d. C.* 11. *&* 56. *Err. Pragm.* 4. *&* 63. *Err.* 4. 5. 6. *&* *passim.*

17) ita & Valasc. *Q.* 13. *n.* 1. non iuste alios emphyteutas cum his comparari, Io. del Castillo *d. C.* 75. *n.* 28.

CAP. XV.

Ius emphyteuticum recte constitutum etiam suis modis amitti. Quibus, & Quatenus.

Amittitur ius emphyteuticum, aut ex persona cedentis; aut lege ipsa constituti iuris; aut culpa emphyteutæ. I.
Quando ex persona cedentis domini. II.
Quando ex lege conventionis. III.
Quando ex culpa emphyteutæ. IV.
Emphyteuta, fundo deteriore facto, potest expelli. V.
Item, præstationibus aliis neglectis, cadit iure suo statim: *sed pensione non soluta, nec apochis redditis ita, si triennio cessaverit ab istarum præstatione.* VI.
Etiam, si, triennio exacto, ab alterutrius præstatione cessaverit. VII.
Emphyteutam, quominus post trienni cessationem possit repelli quatuor illius defensiones, quinta excepta, non prohibent. VIII.
Non domino oppositæ meliorationes; & quare. IX.
Non stipulatio pœnæ, si non solvatur pensio. Contrariorum refutatio. X. XIV.
Non prætermissa a domino interpellatio. XI.
Non pensio a domino post triennium recepta. Obiecta diluuntur. XII. XIII.
Conventio tamen, ne repellatur emphyteuta, etiamsi per triennium a solutione pensionis cessaverit, impedit expulsionem, & quæ talis defensionis ratio. XV.
Ius emphyteuticum, quod aut ex interituro iure domini pendet, aut ex conventione ad certum tempus est constitutum, finitur ipso iure: culpa emphyteutæ nonnisi volente domino amittitur. Utriusque definitionis ratio. XVI. XVII.
Item domino volente, & non aliter iure suo cadit, qui in venditione, aut translatione iuris emphyteutici dominum neglexit. XVIII.
Quid si dominus ius amissum culpa emphyteutæ velit ad se revocare: num poterit adversus eundem vi uti; an iudicio debeat contendere. XIX.
Num item possessionem ingredi, & libero illius usu prohibere emphyteutam. Bartoli sententia improbatur. XX.

I. Sed quidquid iuris emphyteutæ in fundo emphyteuticario esse placet, tandiu esse constat, donec amittatur. Quærendum igitur ad extremum, an amittatur; & quibus ex caussis; tum, his caussis incidentibus, quatenus. Amittitur vero & ius emphyteuticum, ut cætera suis modis. Amittitur autem aut ex persona cedentis, aut lege ipsa & conventione constituti iuris, aut emphyteutæ culpa.

II. Ex persona domini cedentis, si is constituit, qui ipse dominus fuit ad tempus. Soluto iure cedentis, etiam ius accipientis evanescit. *arg. in L. lex vectigali, D. de pignor.* Ut puta, fundus legatus sub conditione interim heredis est. Finge, pendente conditione heredem dedisse in emphyteusin. Recte datus erit ut a domino: sed transibit cum sua caussa, ut exsistente conditione legati eximatur emphyteutæ, quia & tum res auferretur domino, quanvis apud eum mansisset, *arg. in L. & post. 12. §. 1. D. fam. erc.*

III. Lege ipsa fundi vectigalis ius emphyteuticum [1] finitur, cum ad certum tempus fundus datus est, puta ad decem, viginti, triginta annos, & tempus finitum est. *L. ult. D. si ag. vect.* Idem est, & si nominatim convenerit, ut ad certum tempus, vectigali non soluto, is fundus ad dominum rediret, & lege commissa dominus sua lege utatur, & fundum vindicet. *d. L. lex vectigali, D. de pignor.* Quibus casibus hoc quoque eveniet, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori, tum quoque ius pignoris evanescat. *d. L. lex vectigali.*

IV. Culpa emphyteutæ amittitur, cum quæ eum præstare oportet, non præstat intra tempora lege constituta. Ea quatuor esse

1) Num vero ut locatio, finito tempore renovata videtur ex utriusque taciturnitate, ita & emphyteusis? Negat Valasc. Q. 20. n. 20. Faclun. 1. *Contr.* 8. quia emphyteuta requirat scripturam; & quia, cum tacite nunquam contrahatur, nec tacitæ renovationi locus sit. Finitur autem & quando emphyteuta renuncians domino ius suum cedit, quod tamen invito domino non potest, Tiraq. *de Retr. lign.* §. 34. *Gl.* 1. *n.* 2. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 16. *n.* 9.

esse diximus: in re quidem, ne eam dolo deteriorem faciat: extra rem autem, ut solvat pensionem constitutam, ut expediat publicarum functionum apochas; ut si vendere volet, dominum volentem emere alii empturo præferat: si licehit vendere, & volet, in eo consensum domini impetret, & consentienti præstet quinquagesimam partem.

V. Et ob rem [2] deteriorem factam in agro ecclesiastico, emphyteutam eiici posse cautum est. *Nov. de alienat. & emph.* *§. si vero quis.* unde *auth. qui rem, C. de sacrosf. eccles.* Quod recte & ad alios emphyteutas rerum non ecclesiasticarum transferemus. Nam & colonus quivis ob eam caussam eiici potest. *L. 3. C. loc.* Multo magis emphyteutam ob eamdem caussam eiici posse dixeris: cum emphyteuta nominatim rem accipiat, ut excolat & meliorem faciat. Unde & emphyteusis nomen, cui contrarium est rem deteriorem facere. Proinde & hoc contra legem contractus, adversus quam colonus faciens si iure expelli potest, *d. L. 3. C. loc.* poterit & emphyteuta adversus eamdem legem peccans, quia in contractu emphyteutico non minus placet firma & rata esse ea, de quibus convenit. *L. 1. C. de iur. emph.*

VI. Ob reliqua tria non præstita certi iuris est emphyteutam ius suum amittere. Sed aliter in cæteris præstationibus superiorum rerum: aliter in pensione non soluta & apochis publicarum functionum non præstitis. Nam ex cæteris caussis non præstitis his, quæ oportet ita, ut constitutio exigit, vult constitutio statim ius emphyteuticum amitti. Ob pensionem autem & publicarum functionum apochas, placet emphyteutam non ante cadere iure suo quam triennio in his præstandis cessaverit: nisi quid tamen aliud convenerit. *L. 2. C. eod.* Cæterum triennio exacto, etiam ex his caussis ius emphyteuticum amitti; nisi rursum aut conventione contra cautum sit, in quo etiam conventio servanda est: *d. L. 2. de iur. emph.* aut emphyteuta pensionem [3] intra triennium obtulerit, & domino [4] accipere recusante obsignarit & deposuerit ea forma, quæ ad liberationem debitoris præscribitur in *L. acceptam, C. de usur. L. obsignatione, C. de solut.* & hoc item cautum *d. L. 2. C. de iur. emph.*

VII. Quo loco notandum est, posse emphyteutam ex his caussis duabus repelli non tantum si coniunctim in his præstandis moram fecerit, ut simul neque pensionem solitam solverit, neque apochas tributorum domino redderet, quod tamen exigi videtur in *d. L. 2.* illic, *sin autem nihil.* sed etiam disiunctim, si quid horum præstitum non erit. Nam & de hac eiectione scriptum est in *ead. L. 2. in pr.* sub disiunctione, *si emphyteuta solitam pensionem, vel publicarum functionum apochas non præstiterit.* Et præterea in extremo eiusdem legis cavetur emphyteutæ, quomodo pensionem recte offerat, ut habeatur pro soluta, quanvis domino eam accipere recusante: & additur ratio, ne ex huiusmodi recusatione is, *qui emphyteusin suscepit, suo iure cadat.* Quibus verbis aperte declaratur, si neque dominus pensionem acceperit, neque emphyteuta in ea offerenda ea cautione usus erit, quam lex præscribit, futurum esse, ut ob pensionem ipsam solam non solutam emphyteuta repelli possit. Et quod dicimus eum a domino repelli posse, valet id, quod superioribus verbis exprimitur, eum cadere suo iure. Itaque in pensione non soluta, & apochis publicarum functionum non præstitis, in horum, inquam, utroque omnia post cessationem triennii cum reliquis præstationibus non repræsentatis communia ad ius emphyteuticum amittendum.

VIII. Unum in his ipsis duabus caussis ambigitur, cum semel post cessationem triennii potestas emphyteutam repellendi domino quæsita est: debeamusne præfracte & sine exceptione hanc potestatem accipere ita, ut nulla sit defensio emphyteutæ, qui per triennium illas res non præstitit, quominus possit expelli: an vero sit aliqua, quæ illum tueatur. Quod ideo quæritur, quia adversus expulsionem istam occurrunt defensiones probabiles quin-

2) Vid. Clar. §. *Emphyt.* Q. 26. Hartm. Pist. *Lib. 1.* Q. 28. Confer Valasc. *Tomo 1. Consult.* 50. An emphyteuta possit formam fundi mutare fructuosiorem reddendo remissive, Tiraq. *de Retr.* convenit. §. 3. *Gl. un. n.* 28. Io. del Castillo *de Usufr.* C. 25. *n.* 11. *& seq.*

3) Sed num si canonem se soluturum iureiurando promisit, ex unius anni cessatione expellendus? Affirmat Zoan. *Rer. Quotid.* C. 7. *n.* 6. arg. *L. 41. C. de transf.* Negant Clar. §. *Emphyteusis* Q. 8. *n.* 2. Fachin. 3. *Contr.* 16. quia iuramentum sequitur naturam contractus. Quid si alius pro Emphyteuta solverit canonem? Non privari, Tiraq. *de Retr. lig.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 259. Recte, puto, per *L. 39. de neg. gest. & simil.* licet dissentiat Zoan. *Rer. Quotid. C.* 8. *n.* 12. qui & *ibidem n.* 1. etsi pro parte in solutione pensionis deficiat, emphiteusim totam caducam fieri. Quid igitur si deficiat in solutione unius denarii vel minimæ summæ, vid. Valasc. *Consult.* 86. Sane si ideo non solvit, quia sibi vicissim dominus debeat, paratus cum eo compensare, non cadere illum iure suo, communius & benignius est, Tiraq. *de Retr. lig.* §. 3. *Gl.* 3. *n.* 4. Illa certe dura opinio est, quæ si ex pluribus heredibus unus solvere cessat, omnes iure suo privat, ut Clar. §. *Emphyt.* Q. 8. *n.* 13.

4) Est & Exceptio in emphyteuta qui a principe accepit, per *L. 4. C. de fund. patrimon.* Tiraq. *de Nobilit.* C. 37. *n.* 60.

quinque, quæ dubitationem adferant, de quibus ob hanc caussam hoc loco paucis dispiciendum est: ut sive adimuntur emphyteutæ, quæramus, quam recte, & quam aliis locis convenienter: sive tribuuntur, norimus, quæ sint, quo his tanquam exceptione superioris iuris utamur. Adimuntur vero emphyteutæ priores quatuor: tres quidem ex his nominatim in *d. L. 2. C. de iur. emph.* Quarta ratione diiudicatur. Quinta emphyteutæ relinquitur.

IX. Prima ergo defensio est, si dicat se multas meliorationes instituisse in fundo: non [5] esse æquum, ut his factis eiiciatur ipse, & dominus ad paratos alieno labore fructus accedat: certe non esse æquum, ut his fruatur, nisi paratus sit sumptus in eam rem factos refundere. Et placet nihilominus eum eiici posse, & meliorationes una cum fundo ad dominum ita redire, ut earum nomine nihil possit domino obiici. *d. L. 2.* illic, *nulla in posterum*. Neque iniquum est hoc statui adversus eum, qui in eo culpæ suæ pœnam luat.

X. Secunda defensio est ex pœnæ adiectione, si proponas convenisse initio, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur, ac nisi præstaretur, dominus stipulatus sit pœnam. Dici enim potest, dum hanc pœnam emphyteuta offerat, dominum nihil amplius requirere debere: quasi ideo adiecta sit, ut ea esset contentus, & a pœna legis recederet. Et placet ne hanc quidem pœnam, idest, pœnæ adiectionem domino opponi posse, quominus liceat ei emphyteutam repellere. *Ibidem*. Merito: pœna enim domini caussa adiecta est. Proinde hac utetur ille, si volet: si non vult, licet ea non uti. *L. si iudex, D. de minor. L. penult. C. de pact.* Pœna adiecta est, quo aliquid accederet ad obligationem. Non ergo ut detrahat ei obligationi, quæ esset futura, si pœna promissa non esset, & ut verbis Ulpiani utar, cum accesserit aliquid obligationi, non est ab ea obligatione recessum. *L. 4. §. si ex conventione, D. de re iud.* Sane non desunt species, in quibus quis peculiariter sibi cavendo beneficium lege sibi tributum amittit. Ut, mulier sibi cavens quibusdam rebus mariti, ut sibi pignori sint dotis nomine, non habet hypotecam tacitam, quæ alioqui ei tribuitur in omnibus bonis mariti. *L. ult. C. de pact. convent.* item heres deliberatione petita, inventarii beneficio non utitur. *L. ult. §. sin autem hoc aliquis, C. de iur. deliber.* Sed hoc nunquam aliter fit, quam cum nominatim lex beneficium suum tribuit hac lege, ne is cui tribuit, alia cautione sua propria utatur. Quod Iustiniano in superioribus duabus caussis faciendum esse visum est propriis rationibus, quas notavi ad *L. creditor, D. si cert. pet.* Cæterum ubi nominatim alicui non tribuitur ita beneficium (neque pluribus in caussis tribui, quam in his superioribus duabus animadverto) quantumvis in eo singulare ius sit, & privilegium; tamen id ita datum intelligetur, ut nemo quanvis de eadem re sibi caverit amplius, ideo privata cautione id sibi adimat, sed potius sibi confirmet. Quippe *ius vigilantibus scriptum est*. L. pen. in fin. *D. quæ in fraud. cred.* Quod multo magis in hac specie dicendum est, in qua potestas repellendi emphyteutæ ob non solutam pensionem, non novo aliquo beneficio & singulari; sed iure communi tribuitur. *L. 3. C. loc.*

XI. Tertia defensio est, si dicat emphyteuta se per totum triennium de pensione solvenda a domino interpellatum non esse: si interpellatus esset, se soluturum libenter fuisse. Idcirco se moram non fecisse: ubi autem mora & delictum eius non sit, ibi pœnam esse non debere. *L. aliud est fraus, D. de verb. sign.* Et adimitur illi hæc quoque defensio *eadem L. 2. ibidem*, hac ratione addita, quod ea lege præfiniatur illi certum tempus novissimum pensioni solvendæ, triennium: die constituto satis eum interpellari: proinde & eius lapsu moram fieri non minus, quam aperta interpellatione. Quod & a se anteriore lege generaliter cautum esse Iustinianus scribit, intelligens *L. magnam, C. de contrah. stip.*

XII. Quarta defensio est ex his, quæ postea incidunt, si forte dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit. Quid enim, an non videatur hoc modo [6] vindicationi rei renuntiasse,

5) Communis opinio est expulsum melioramenta cum re amittere. Clar. *d. §. Q.* 45. Cui satis firmum fundamentum non est, in *d. L. 2* ibi, *nulla allegatione nominis meliorationis*, quia tantum significant non hanc defensionem a caducitate liberare, quasi qui in uno dominum offenderit, in altero ipsius commodum promoverit, ut & animadvertit Valasc. *Q.* 25. *n.* 2. qui tamen a communi non recedit fuse hac de re tractans.

6) Dura hæc sententia, quam probare mihi religio est. Nuspiam certe proditum dominum posse simul etiam, postquam fundo exegerit emphyteutam, canonem, propter quem non solutum exegit, extorquere. Et disconvenit similitudo a locatione petita, verumque non est pensionem in emphyteusi præstari pro usu rei sive præterito sive futuro, sed immo in signum ac recognitionem domini, ut *not. supra C.* 13. *N.* 14. Quare pensionem accipiens ut se dominum profitetur, ita solventem emphyteutam agnoscit, vid. & Clar. §. *Emphyt. Q.* 10. Fach. 1. *Contr.* 99. & Io. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 55. *n.* 6. *& seqq.* Sane Iure Canonico minus hic dubii, quo, hoc amplius etiam emphy-

tiasse, qui pensionem potius elegit, quæ non nisi emphyteusi manente solet præstari?

XIII. Movet exemplum commissoriæ legis. Nam si fundus venditus sit ea lege: ut, si emptor ad certum diem pretium non solveret, fundus esset inemptus, atque hoc modo ad dominum rediret (quæ pactio dicitur lex commissoria. *L.* 2. *D. de leg. com.*) placet, pretio ad diem non soluto, si venditor postea pretium accipiat, aut etiam petat; videri eum legi commissoriæ renuntiasse; nec posse eam postea exercere, idest, ita pretio debere esse contentum, ut postea non possit fundum emptori auferre. *L.* 4. *§. eleganter. L. pen. D. de leg. com.* Atqui ex constitutione Iustiniani hac ipsa lege datus intelligitur fundus emphyteuticarius. Hæc enim conditio est, ut si intra triennium pensio soluta non sit, fundus desinat esse emphyteuticarius, & ad dominum redeat. *d. L.* 2. *de iur. emph.* Cur non igitur pensione postea accepta, dicamus huic legi, & rei ipsi renuntiatum videri? Sed hæc similia non sunt. Ad significandam enim repudiationem rei traditæ, inter acceptionem pretii ex vendito, & acceptionem pensionis debitæ ex locatione vel emphyteusi multum interest. Pretium in venditione pro re ipsa præstatur, non quo in præteritum tantum, sed etiam quo in futurum res habeatur. Ideo venditor non potest utrumque habere. Et quia non potest; necessario evenit, ut si unum admittit, alterum repudiet. *arg. in L. illud, D. de acq. her.* At pensio præteriti temporis in locatione aut emphyteusi non præstatur pro re, sed pro usu rei, & eo quidem præterito, non futuro: ut plane absurdum sit dici eum, qui pensionem præteriti temporis iam debitam acceperit, ideo videri rei ipsi in futurum renuntiasse, pro qua omnino nihil accepit. Alioqui dicemus in locatione dominum, qui debitam pensionem a colono acceperit, finita locatione rem suam repetere non posse, quod perspicue falsum est. Nam nec locatio mutat proprietatem; *L. non solet, D. loc.* nec finita locatione, obstat, domino ulla conventio, quominus rem suam repetat. Denique sic res habet: pensione per triennium ab emphyteuticario non soluta, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi debetur ex contractu emphyteutico: & ager ipse, cu-

ius revocandi sit illi potestas iure ob cessationem emphyteutæ. Non deferuntur hæc disiunctim, ut illud aut illud emphyteuta habeat: sed coniunctim utrumque, ut simul utrumque habeat, uti & res diversæ sunt, propter quas ea deferuntur, cum alterum deferatur pro usu, qui præcessit; alterum ob cessationem emphyteutæ. Quare & dominus utrumque consequi debet: cui repugnat, ut uno admisso dicatur alterum amittere.

XIV. Quid, si pœna promissa, si pensio soluta non esset, dominus pœnam admiserit? Ne sic quidem videbitur dominus iuri revocandæ rei renuntiasse. Itaque & pœnam retinebit, & nihilominus emphyteutam, si volet, iure eiiciet. Non obstant ii loci, quibus traditur, non posse simul pœnam exigi, & rem propter quam pœna promissa est. *L.* 4. *§. Labeo ait, D. de dol. mal. exc. L. ita stipulatus,* 115. *in fin. D. de verb. obl. L. cum proponas, C. de transf. L. rescriptum, §.* 1. *D. de pact.* Videndum est enim in proposito, cuius rei nomine pœna sit promissa. Est autem promissa, si pensio soluta non sit: non autem hac conditione, si emphyteuta pensione per triennium non soluta, de fundo decesserit. Itaque pensione non soluta, fatendum est ex superiore sententia non posse simul utrumque exigi, & pensionem & pœnam: sed qui unum acceperit, eo contentum esse debere. At uno ex his accepto, sive pensione, sive pœna; quominus possit dominus etiam rem repetere, superior sententia non est impedimento: quoniam propter rem non restitutam pœna non accipitur, ut quæ eo nomine non fuerit promissa.

XV. Quinta defensio est, si convenerit, ne emphyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Hæc vero conventio rata est. Licuit enim domino iuri suo renuntiare. *L. pacisci, L. pactum, D. de pact. L. penult. C. eod.* Si quid adversus naturam contractus convenisset, conventio non esset servanda tanquam facta contra ius: ut si placeret emptionem esse sine pretio: si convenisset in mutuo, ut plus redderetur, quam acceptum est: *L. si tibi, D. de pact.* si in precario, ut id domino danti ante certum tempus revocare non liceret. *L. cum precario, D. de precar.* At superiore conventione nihil fit adversus naturam emphyteusis: sed magis ipsa emphyteusis confirmatur,

phyteutæ celeri satisfactione moram purgare licet *C. potuisti, Extr. de Locato.* Quod tamen iuri civili non convenit, quia mora in re non purgatur, vid. Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 9. Rittersh. *Partit. Feud. Lib.* 2. *Cap.* 5. *Quæst.* 45.

dum id agitur, ne rem emphyteutæ alioqui pensionem post tempus solventi auferre liceat; quod est maxime conveniens emphyteusi in perpetuum constitutæ. Hæc autem maxime proprie emphyteusis. *L. 1. D. si ag. vect.*

XVI. Postquam constabit eas caussas incidisse, propter quas ius emphyteuticum amitti dicimus: reliquum est, videamus de vi huius amissionis, idest, quatenus ex his caussis id ius amittatur, utrumne ipso iure, ut sive velit dominus, sive nolit, finiatur: an vero nonnisi domino volente. Et duabus prioribus ex caussis finitur ipso iure, ex tertia non nisi volente domino, & emphyteutam expellente. Primum finito iure domini, nulla dubitatio, quin non possit consistere id ius, quod ex eo iure pendet. *argum. in d. L. lex vectigali, D. de pign.* Et ita in universum ius est: ut alienatio cum fit, cum sua caussa res ad alium transeat, quæ caussa futura esset, si apud dominum ea res mansisset. *L. alienatio, D. de contrah. empt. L. & post. §. 1. D. fam. erc.* Sed etsi ad certum tempus ager vectigalis fruendus datus est: fit conventione ipsa, ut eo tempore finito, etiam ius emphyteuticarium ipso iure finiatur. Quod satis significatur in *L. 1. in* fin. iuncta *L. ult. D. si ag. vect.* cum emphyteuticario datur in rem actio adversus omnes possessores: sed hac conditione, si emphyteusi ad tempus constituta, nondum tempus finitum sit. Hoc enim valet: si id tempus finitum sit, eum amplius in rem actionem non habere. Sed & de loco publico dato ita scriptum est in *L. 1. D. de loc. publ. fr.* Ait prætor, *quominus e lege locationis frui liceat.* Merito ait, *e lege locationis.* Ultra legem enim, vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat. Huc pertinet, quod lege Zenonis cavetur de contractu emphyteutico; ut is contractus definitionem habeat propriam, & quæcumque in eo inter contrahentes placuerint, firma omnibus modis debeant custodiri. *L. 1. C. de iur. emphyt.* Itaque quod *alibi* traditur, constitutam semel obligationem, aut ius, quanvis constituta sint ad tempus, tamen tempore non finiri. *L. obligationem fere, in princ.* versic. *placet, D. de oblig. & act. L. 4. D. de servit.* ad hunc contractum non pertinet. Et generaliter id ita accipiemus, nisi aperte lex ius aliquod ad diem aut conditionem constitui permittat, ut hoc ius; usumfructum; *L. si pater, C. de usufr. L. cui usus fructus, D. de usufruct. leg.* ut rem hereditariam, quam placet sub conditione legari posse ita, ut pendente conditione, sit heredis: exsistente conditione desinat esse eius, & fiat, legatarii. *L & post, §. 1. D. fam. erc.* Hoc eo spectat, ut nec si post tempus constitutum velit dominus ius emphyteuticum manere; tamen eo magis maneat, aut cogi posse emphyteuta id retinere. Quinimo etsi uterque consentiat in id ius; tamen novo contractu sit opus, utpote vetere finito.

XVII. Cum autem ob culpam emphyteutæ ius emphyteuticum in commissum cadit: amittitur quidem hoc modo id ius: sed ita [7] si dominus velit, non aliter. Ideo cavetur in *L. 2.* in extremo, *C. de iur. emphyt.* ob pensionem non solutam licere domino emphyteutam expellere: sed adiicitur, *volenti*, quod & paulo post apertius explicatur hac conditione, *si dominus voluerit*: cum tamen in extremo eiusdem legis dicatur emphyteuta ob eam caussam iure suo cadere: ut intelligamus non aliter ex hac caussa id ius amitti, quam si dominus velit. Quod similiter cautum est: ut in lege commissoria, quæ cum eamdem committendi fundi conditionem habeat, ut scilicet si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus sit, sic accepta est: ut inemptus sit fundus & ad venditorem dominum redeat, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris caussa caveatur. *L. 2. L. 3. D. de leg. com.*

XVIII. Neque hoc dissimiliter intelligendum est, cum emphyteuta ea non præstat, quæ eum [8] in venditione aut translatione iuris emphyteutici domino præstare

7) Et antequam dominus declaret suam voluntatem fructus perceptos ad emphyteutam spectare vult, Fach. 1. *Contr.* 94. qui tamen *C. prac* emphyteutam ex hac caussa ipso iure privari asserit, quæ oon probe convenire videntur.

8) Idem est si emptor mentiatur verum pretium, quo dominum ab emptione deterreat, post Guid. Pap. *Decis.* 171. Tiraqu. de *Retr. lign. §. 4. Gl.* a. *n.* a. Nec relevat si dicat se vendere reservato consensu domini, quia protestatio est contraria facto; cautionem tamen tradit, Cat. Cott. in *Mem. v. Emph. alienan.*, ut vendat sub conditione, si domino placuerit, & si de iure possit. Nam tunc si dominus consentire renuat, res fit inempta & contractus nullus. Quid igitur si venditio nulla ex defectu solemnitatis? Ex. g. Uxor vendit sine licentia mariti ex statuto adhibenda. Tiraq. post *LL. Connub. n.* 205. *& seqq. & de Retr. lig. §. 1. Gl.* 2. *n.* 6. negat Emphyteusim aperiri. Obiic. At quævis venditio emphyteuseos, inconsulto domino, nulla, quia iure prohibita. Resp. Disting. inter actum nullum, quia gestus contra prohibitionem constitutionis, ubi sufficit factum ipsum ad hoc ut pœna committatur; & ex alio capite invalidum, ut quia solemnitate deficitur. Quid si traditio necdum sequuta ex solo contractu privatur? DD. variant & communius in negativam sententiam eunt, de quo Tiraq. *de Retr. lig. §. 1. Gl.* 2. *n.* 44. *& seqq.* Et non privari, nisi actualis traditio sequuta, licet forte ficta intervenerit, ex. gr. per constitutum, Gomez. *in L. Taurin.* 45. *n.* 95. in quo diss. Clar. §. *Emphyt. Q.* 13. *n.* 4. Parte vero fundi alienata illa sola, non toto cadit, Tiraq. *d. t. §.* 23. *Gl.* a. *n.* 28. Clar. *d. §.* 13. *n.* 10. lo. dei

re oportet. Iubetur quidem emphyteuta ob hæc non præstita iure suo cadere in *L. ult. in fin. C. de iur. emphyt.* nec quidquam in tota lege de volente domino adiicitur. Sed cum hoc domini caussa cautum sit, non minus: & hoc eadem conditione accipiemus, *si dominus velit*. d. *L.* 2. *D. de leg. commis.* Nec impediemur his verbis, quibus dicitur emphyteuta ex hac caussa cadere iure suo. Nam & de eo, qui pensionem per triennium non solvit, idem dicitur simpliciter in *d. L.* 2. *circa fin. C. eod.* nec tamen eo minus hæc conditio intelligebatur, *si dominus velit*: quæ prius expressa fuerat. Hoc non eam solum vim habet, ut domino ius emphyteuticum manere volente & pensionem solitam ac cætera iura exigere, omnia illi salva sint etiam invito emphyteuta, cui non debet culpa sua prodesse: sed etiam ut quandiu dominus non aperte constituerit, fundum ad se revocare, emphyteuta eodem semper iure utatur adversus alios, adversus quos actionem in rem habeat non minus, quam ante, nec possit hac exceprione removeri, quasi ius emphyteuticum amiserit, quia non sit amissum prius, quam constiterit dominum id velle.

XIX. Tum demum ergo ob culpam emphyteutæ ius emphyteuticum illi amissum erit, cum dominus voluerit. Quo casu permittitur ei emphyteutam a prædio emphyteuticario repellere. Sic enim verba sunt. *d. L.* 2. *C. de iur. emphyt.* Quid ergo, licetne eum repugnantem vi eiicere invitum, an cum eo, qui nolit excedere fundo iure agendum est? Sed ius certum est, 9 vim eum facere non debere, & si emphyteutam vi eiiciat, etiam dominium rei suæ amittere. *L. si quis in tantam, C. unde vi.* Immo vero etsi conventione id actum sit, ut possit dominus finito iure emphyteutico possessionem ingredi; placet quidem eum possessionem ingredientem vim facere non videri: attamen auctoritate magistratus possessionem adipisci debere. Diserte cautum *L.* 3. *C. de pign.* Iure igitur iudicioque experiri debet. Est autem ei ad rem recuperandam actio in rem directa, quippe domino, quam & manente iure emphyteutico habuit, quanvis inefficacem adversus emphyteutam; nunc soluto iure emphyteutico, plane efficacem.

XX. Quid tamen, si dominus non eiiciat emphyteutam, sed possessionem ingressus vim faciat ei, quominus fundo libere utatur: an non hoc saltem ei licebit? Bartolus putat impune id domino facere licere, quia non sit emphyteutæ interdictum uti possidetis adversus dominum retinendæ possessionis caussa. Ego contra puto. Nam id interdictum datur possessori, in quo & is vincit, qui interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit. *§. sed interdicto, Inst. de interd. L.* 1. *D. uti possid.* At emphyteuta fundum emphyteuticum acceptum vere possidet, non dominus. *L. sciendum, in pr. D. qui satisd. cog.* In qua & possessione manere eum proponimus, quanvis iure emphyteutico amisso. Eum vero certum est possessionem a domino nactum esse nec vi, nec clam, nec precario.

CAP.

del Castillo *de Usuf. C.* 24. *n.* 8. Beust. *ad L.* 7. 8. *&* 9. *pr. De iureiur. n.* 6. *&* 7. arg. *C. un* 2. *Feud.* 38. Denique ex decennali patientia consensisse alienationi dominus censetur, Tiraq post LL. *Connub. Gl.* 7. *n.* 41.

9) Non auctoritate propria, sed iudicis, ex sententia communi, Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 5. *n.* 23. Fachin. 1. *Contr.* 95. Nam etsi ipso iure caderet, sententia tamen opus. Nec sine caussæ cognitione, si facti vel iuris quæstionem moveat emphyteuta, eiiciendus, P Busius *ad L.* 2. *D. Si ag. vect. n.* 2 Diss. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 64 *n.* 5. qui & multis utriusque partis auctoribus relatis, scribit, *n.* 3. incertum esse utra opinio receptior sit.

CAP. XVI.

De ſuperficiebus: ſeu de iure ſuperficiario. Quid ſit: tum Quomodo conſtituatur.

I. IUs ſuperficiarium [1] emphyteutico finitimum eſt. Utrumque in prædio alieno: utrumque dominii ius continens. Hoc intereſt, quod ius emphyteuticum eſt in ipſo ſolo: ius ſuperficiarium in ſuperficie, unde nomen. Similitudo indicatur in *L. tutor. §. ult. D. de pignorat. act.* differentia in *L. 1. in pr. D. quib. mod. uſuſf. amitt.* Ius ſuperficiarium eſt ius ſuperficiei [2] in alieno ſolo habendæ: aut, ut Iuriſconſulti veteres rem explicant, eſt ius ſuperficiarii (ſic enim vocant eum, cuius hoc ius eſt. *d. L. tutor, in fin. de pignorat. act. L.* 3. *§. pen. D. de op. nov. nunt. L. qui bona, §. ſuperficiarium. D. de damn. inf.*) Superficiarius autem is, qui ſuperficiem in alieno ſolo habet. *L. 1. §. 1. D. de ſup. L. in ſpeciali*, in fin. & *L. id eſt, ſeq. D. de rei vind.*

II. Itaque ius ſuperficiarium, ut ſit, tria deſiderat: alienum ſolum; ſuperficiem in eo ſolo poſitam; & ut ea ſuperficies habeatur.

III. Alienum ſolum eſſe volumus, quia quærimus ſuperficiem ſolam, quæ hic habeatur. Quod fieri non poteſt, niſi ſolum ſit alienum.

IV. Quærimus ſuperficiem in alieno ſolo. Eſt autem ſuperficies ædificium per ſe intellectum, diſtinctum a ſolo. *L. qui res, §. aream*, illic: *non eſt ſimilis. D. de ſolut.* ſic dicta, quia ſit id ſolum, quod ſupra faciem ſoli eminet, neque ſoli pars eſt. Atque huiuſmodi ædificium hic quærimus. Non dixerunt veteres ſuperficiarium eſſe, qui ædes in alieno ſolo poſitas haberet, quia id improprie diceretur, ædes enim, ſive inſula, ſive domus duabus rebus

1) In quo conveniant vel diſſideant exponit Valaſc. *Iur. Emphyt. Q.* 13.

2) Ægid. Hortenſ. *ad L. 13. §. ult. de pig.* vult Superficiem eſſe ſervitutis ſpeciem, per *L. 86. §. ult. de leg. 1.* inde inferens, quæ de Servitutibus uſucapio conſtituta, etiam ad hanc trahi poſſe. Sed malo dicere ibi Servitutem abuſive vocari, cum de ſuperficie, nec compoſitores noſtri nec Iuriſconſulti in materia ſervitutis tractaſſe reperiantur. Et quæ de ſervitutibus urbanis conſtituta (qualis hæc ſtatuenda foret) huic iuri non convenire aliquis deprehendet ex collatione eorum, quæ de hoc iure, & quæ de illis traduntur. Denique ſuperficiei ſervitus imponi poteſt *L. 1. §. ultim. hoc tit.* Servitus autem ſervitutis non datur, quomodo &, poſt hæc ſcripta, vidi ſentire Coraſ. *ad L. ſervit. 3. (ipſ 2.) de ſervit. n. 6. & ſequent.*

rebus constant, area & superficie. *d. L. qui res*, §. *aream, de solut.* Quo fit, ut si quis alicubi dicatur habere ædes, vi & proprietate verbi dicatur habere & superficiem & solum, id est, superficiem in suo solo: cui contrarium est, si dicatur habere ædes in alieno solo. Sane interdum ædium verbo significatur superficies: sed cum adiuncto, ut dicantur ædes superficiariæ, ut in *L. ultim. D. de superfic.* qua adiectione facile intelligimus non totas ædes significari, sed quatenus in his superficies tantum habetur.

V. Volumus, cui ita superficies tradita sit, ut eam habeat, id est, habeat pro sua, quo possit & de ea, ut de re sua, statuere.

VI. At non videtur eiusmodi aliquod ius conventione constitui posse, repugnante videlicet natura rei, & iure cum gentium, tum civili. Natura rei non patitur, ut ædificium esse possit sine solo. Proinde ne illud quidem, ut possit penes aliquem esse superficies, quin & penes eum sit solum. Iuris autem ratio facit, ut omne ædificium cedat solo, & quisquis soli dominus est, idem sit & ædificii, quanvis ædificium fuerit ab alio impositum etiam bona fide. §. *cum in suo. Instit. de rer. divis.* Quod & ipsum de superficiariis ædibus, seu de superficie illa, quam hic quærimus, diserte scriptum est in *L. ult. D. de superfic.* Unde placet omnem huiusmodi conventionem nullius esse momenti, si convenerit, ut solum sit alicuius sine superficie, aut superficies sine solo. *L. obligationum* fere in princ. vers. *placet. D. de oblig. & act.* Et hæc omnia vera sunt, idque fatentur veteres omnes, cum dicunt superficiem in alieno haberi: quo etiam superiores sententiæ pertinent. Sed cum superficiarius non sit dominus; perinde tamen eum tuetur prætor in superficie propter conventionem, ac si esset dominus: quod quoniam facere non potest directa actione in rem, quæ soli domino competit iure civili: *L. in rem*, in princ. *D. de rei vind.* §. *namque Inst. de act.* ideo tuetur eum utili actione in rem, quæ tamen eumdem effectum, eamdemque potestatem habeat, ut postea dicetur. Ita in summa non valet conventio & constitutio superficiei ipso iure: sed valet tuitione prætoris, ut & illa iura, quæ ab ipso constituta sunt in superficie, ut indicatur in *d. L.* 1. in pr. *D. quib. mod. us. amit.*

VII. Non addidi ad definitionem quidquam de pensione constituta domino soli, ut dicerem superficiarium esse, qui superficiem in alieno solo habet ita, ut certam pensionem præstet, ut fit in *L. id est, D. de rei vind.* propterea quod interdum & nulla pensione constituta superficies in alieno recte constituitur, ut fit cum superficies emitur; de quo postea in constitutione huius iuris: nihil etiam addidi de tempore, ut dicerem superficiarium esse, qui superficiem constitutam habet in perpetuum, aut longum tempus, ut feci in agro emphyteutico constituendo, quoniam interdum & ad tempus non longum constituta, nihilominus æque iure habetur, ut fit in eadem superficiei emptione. De quo rursum in constitutione huius iuris. Satis est igitur ad definitionem, quod supra posui, ut dicatur superficiarius esse, qui superficiem in alieno solo constitutam habet. Unde & ius superficiarium. Proinde ad ius superficiei deinceps hoc quærendum, quomodo ita constituatur & acquiratur superficies: seu quomodo fiat, ut quis superficiem ita constitutam habeat.

VIII. Constat vero huius rei constitutio, ut cæterarum, persona constituentis; re, in qua superficies constituitur; constituendi modo, & habendi fine.

IX. Superficiem, ut ius emphyteuticum solus recte constituit soli dominus, quoniam & hic solus superficiei est dominus. *L. ult. de superfic.* Neque vero in hac specie minus, quam in cæteris, illud valet; neminem plus iuris ad alium transferre, quam ipse habuit. *L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus, de reg. iur.*

X. Rem in qua superficies constituitur, constat natura rei esse solum. Non enim consistit ædificium, nisi in solo.

XI. Constituendæ superficiei ratio alia, quam agri emphyteuticarii. Huius enim constitutio hoc commune habet cum locatione, ut non fiat ager emphyteuticus, nisi certa pensione in singulos annos constituta. *L. 1. D. si ag. vect.* §. *adeo, Inst. de loc. L. 2. C. de iur. emphyt.* De superficie autem ita traditur in *L. 1.* §. 1. *D. de superfic.* ut & conductione constitui possit, & emptione.

XII. Conductione constituitur superficies, cum quis ædes iam ædificatas conducit 3 certa pensione constituta; sed ea lege, ut superficiem ipsam habeat; quæ conventio nisi nominatim adiicitur, non constituitur superficies conductione. Locatio

3) Quæ dicitur solarium, quod pro solo præstetur, Hotom. ad L. 13. §. 3. de pign.

catio namque non solet mutare proprietatem. *L. non solet, D. loc.* In iure autem superficiario proprietas mutatur, cum effectus dominii transferatur in superficiarium, ut iure superficiarii cognito intelligetur. Quare ad superficiem conductione constituendam amplius aliquid intervenire oportet, quam locationem & conductionem. Id autem est, ut nominatim conveniat, ut qui conducit, superficiem sibi habeat: quo scilicet efficiatur superficiarius is, quem diximus, idest, qui superficiem in alieno habet, ut est in *d. L. 1. §. 1. de superfic. d. L. idest, D. de rei vind.* Constituitur etiam superficies conductione, cum nuda adhuc area conducitur a domino certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut conductori ibi ædificare liceat, & ædificatam superficiem habere. Cui constitutioni congruit definitio tradita in *L. ult. de superfic.* ubi dicuntur superficiariæ ædes, quæ in conducto solo positæ sunt. Non tamen statim his modis conductione constituitur superficies: sed ita, si aut simpliciter conducitur, vel ita ut in [4] perpetuum habeatur; aut conducitur quidem ad certum tempus, quod licet: sed conducitur ad non [5] modicum tempus. Nam aliter non placet conductori in rem actionem dari, idest, ei vere superficiem acquiri: etsi ei interim non denegatur interdictum de superficiebus retinendæ possessionis caussa. *d. L. 1. §. quod ait, de sup.* Supra in iure emphyteutico dixi, non modicum accipiendum esse longum, ubi & quod intelligeretur longum, ostendi. Quæ eadem ad hunc locum transferenda sunt.

XIII. Emptione superficies constituitur, cum emitur in alieno solo superficies: quod ita fit, cum aut de ædibus in alieno iam positis convenit, ut quis in his superficiem habeat; aut vacua adhuc aliena area, convenit, ut qui superficiem habiturus est, ei in eo solo liceat ædificare: ac tum eam superficiem in alieno habeat, pretio videlicet ab initio semel in eam superficiem constituto.

XIV. Et in summa locatio superficiei ab emptione distinguitur mercede seu pensione, & pretio. Locatio est, si pro superficie constituitur pensio, idest, certæ pecuniæ præstatio divisim in singulos annos: quæ res propria est locationis & conductionis, in rebus præsertim immobilibus ad aliquot annos fruendis datis. *L. item, §. ult. L. ex conducto, §. Papinianus, L. si in lege, §. colonus, D. loc.* Emptio est, cum pro re quæ traditur, ab initio constituitur certum pretium, quod semel præstetur. *§. pretium, Inst. de empt. & vend.*

XV. Non temere est, quod ista in constitutione superficiei distinguimus. Non enim conductione eodem modo constituitur superficies, quo emptione. Hoc interest, quod ei, qui conduxit superficiem, non aliter datur in rem actio de superficie, quam si aut in perpetuum, aut in longum tempus conduxerit, ut supra diximus. Ei autem, qui superficiem emit, superficie tradita, statim actio in rem competit, etiam si emerit ad certum, & id modicum tempus. Sic est natura emptionis, ut si quid ex ea caussa venditor tradat suum, eius dominium statim in emptorem transferat. *L. clavibus, D. de cont. empt.* Quod non item fit in locatione, quæ, ut dixi, proprietatem mutare non solet. *d. L. non solet, D. loc.* Ideo ut quasi dominium transferatur ex ea caussa, placuit ad conductionem de vectigali prædio, aut superficiario habendo longitudinem temporis & possessionis accedere debere. Et vero in *L. 1. §. quod ait, de superfic.* soli ei, qui ad modicum tempus superficiem conduxit, denegatur in rem actio; non etiam ei qui emit; cum tamen Ulpianus in §. 1. de utroque locutus esset, & eo qui conduxit, & eo qui emit.

XVI. Utcumque est, illud manet etiam superficiem constitui emptione, id est, certo pretio semel dicto, nulla [6] pensione in singulos annos præstanda. Quod cum non uno loco traditum sit, sed pluribus, & his aperte scriptis: de eo dubitari non oportet: ut *d. L. 1. §. 1.* & *§. si soli, de superf. L. si ex lapicidinis. D. de iur. dot.*

XVII. Videntur tamen pleraque adversari. Primum interdictum de superficiebus; quod exstat in *L. 1.* in princ. *D. de superf.* proditum quidem de superficie: sed iis, qui ex *lege locationis*, *sive conductionis* ea fruuntur. Deinde definitio superficiarii tradita in *L. id est D. de rei vind.* ubi superficiarius definitur *is, qui in alieno solo superficiem ita habet*, ut *certam pensionem præstet:* definitio soli conductioni, nullo modo emptioni conve-

4) Minus autem frequenter in perpetuum, ne fere inutile sit solum, abscedente semper utilitate superficiei, & quia contractus ille propemodum emphyteuticus esset, A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 9.

5) Cum DD. varient: Menoch. id iudicis definitioni relinquit, *de Arb.* C. 31. *n.* 5. & Valasc. *supra d.* Q. 33. *n.* 7.

6) Posse constitui superficiem sine obligatione annuæ præstationis, Valasc. *d.* Q. 33. *n.* 3. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 4. *n.* 5. qui & *n.* 6. *& seq.* unde dignoscenda hic emptio a locatione.

veniens. Item definitio *L. ult. D. de superf.* ubi *superficiariæ ædes* dicuntur appellari, nominatim, *quæ in conducto solo positæ sunt*. Postremo exemplum prædii emphyteutici, quod non constituitur aliter, quam certa pensione constituta, quæ pro eo in singulos annos præstetur, *§. adeo, Inst. de loc. L. 1. D. si ag. vect. L. 2. C. de iur. emph.* Ius autem superficiarium emphyteutico & vectigali simile est. *L. tutor.* in fin. *D. de pignorat. act.* Et sane sunt omnia hæc eiusmodi, ut nisi claris locis admoneremur superficiem etiam emptione constitui posse, nulla pensione annua constituta, qua præstetur: non aliud dici potuerit, quam hic quoque ius superficiei non constitui nisi locatione: certe non aliter, quam ut qui haberet superficiem, is certam pensionem quotannis pro ea præstaret. Nunc cum constet etiam superficiem emi posse: tanto diligentius notandi sunt ii loci, quibus id traditur; partim ne specie superiorum decepti id negemus; partim ut tam certis locis moniti videamus potius, quomodo superiora, quæ refragari videntur, recte interpretemur, ne discrepent, quam ut ea contraria putemus. Et sunt superiora illa omnia ita scripta, ut etiam emptionem in constituenda superficie admittant.

XVIII. Quod ergo interdictum de superficiebus scriptum est de iis, qui superficie fruuntur ex *lege locationis sive conductionis*; sciamus de locatione & conductione exempli caussa dictum esse: ut nihilominus pertineret ad omnes, qui quavis alia ex caussa superficiem habent. Hoc quidem sic interpretatur Ulpianus in *L. 1. §. 1. de superfic.* qui quod interdicto summum tribuebatur ei, qui superficiem haberet, puta in rem actio: id pariter tribuit & ei, qui conduxit, & ei qui emit. Neque id sine exemplo, ut quis reprehendat: sed morem & sententiam secutus omnium constitutionum, ac definitionum iuris, quæ ita scribi solent, ut quod in una specie alicuius dicitur, id intelligatur exempli loco dici: cæterum ad omnes eiusdem generis species pertinere. *L. pen. §. ult. D. de iur. & fact. ignor. L. 1. §. quod vulgo, D. unde vi.* Quod quidem maxime servatur in interdictis. Exemplo sit interdictum uti possidetis, huic de superficiebus simillimum, cum hoc illius exemplo proditum sit, ut est in *L. 1. §. proponitur, de superf.* Interdictum uti possidetis scriptum est de iis, qui ædes possident: *L. 1.* in pr. *uti possid.* Nihilominus ita acceptum est, ut locum haberet in omnibus possessoribus soli, sive possiderentur ædes, sive fundus. *d. L. 1. §. 1. §. pen. uti possid.* Definitionem *L. id est, D. de rei vind.* observemus non ad omnem superficiarium pertinere, sed ad eum tantum, qui conduxit. Etsi enim in L. præcedente proponitur generaliter de superficiario, ad quem accommodatur definitio sequens: tamen contrahitur significatio ex fragmento sequenti, id est, *L. prætor*, cum illic dicitur, prætorem caussa cognita illi superficiario, de quo propositum erat, in rem actionem polliceri: Cui superficiario prætor pollicetur hanc actionem cum hac adiectione, *caussa cognita*, is est solum qui conduxit, non etiam qui emit, cum ex caussa emptionis statim res transferatur, ut supra dixi. Idque & verba interdicti indicant, & Ulpianus docet in *d. L. 1. §. quod ait, de superfic.* Secundum hæc, definitionem *L. ult. de superfic.* sic accipiemus, non ut definiantur superficiariæ ædes, sed vice versa ædes positæ in conducto solo: & ita resolvatur oratio, quasi scriptum esset, ædes in conducto solo positæ sunt eæ, quas superficiarias appellamus, aut erit definitio, quam vocant, exempli, ubi res exemplo unius speciei declaratur. Quo constituto non movebimur exemplo prædii emphyteuticarii, quod nisi, certa pensione posita, non constituitur: sed intelligemus in hac re differre superficiem a fundo emphyteutico. Et merito: quia si prædium ipsum ematur, non autem fruendum detur, certa pensione constituta: tum non ius emphyteuticum transferatur in emptorem, sed dominium, quod ex caussa emptionis transferri solet. *d. L. clavibus, D. de contrah. empt.* Hoc periculum non metuitur in superficie empta, ubi nominatim superficies in alieno solo emitur.

XIX. Si emptione constitui superficies potest; poterit & [7] donatione, cum quis alteri donare se dicit in suo solo superficiem. Ut enim emptione, sic donatione voluntate domini res transfertur. *§. si quis a non domino, §. per traditionem, Inst.* de

7) Videtur ad hanc rem esse textus *in L. 1. §. 7. hoc t.* quem ad hoc profert Hortens. *in L. 13. § 3. de pignor.* Sed illa §. loquitur de legato & donatione, quæ fit alii a superficiario, ut recte A Fab. 64. *Err. Pragm.* 5. minus tamen recte delens verbum *possit* in *d. §. 7.* veluti irreptitium, quia, inquit, non ideo traditio recepta videri potest ut legatum aut donatio consistat, cum nec illud, nec hæc, quæ aut ad instar legati capitur, aut stipulatione perficitur, traditionem exigat. Immo, inquam ego, utrobique exigitur. Nam & in legato traditio necessaria, saltem ut possessio accipiatur, & donatio, stipulatione perfecta, ni traditio subsequi possit, inanis erit, effectuque carebit.

de rer. divis. Et si potest donatione inter vivos; poterit multo magis testamento, si quis se legare dicat alicui superficiem in solo suo.

XX. His modis constituitur superficies citra controversiam, ut quidem debeatur ei, cui constituitur: sed non statim transfertur, ut superficiarius futurus eam habeat. Sic transfertur ex his caussis inter vivos, si etiam traditio accesserit, idest, si superficiario traditæ sint ædes superficiei acquirendæ caussa; aut si cum ipse ædificasset; dominus soli passus sit eum hac mente ædes possidere: quibus modis res traditione transferri solent. *L. qua ratione, §. hæ quoque, § interdum, D. de acq. rer. dom.* Ut dominia non acquiruntur, nisi traditionibus: *L. traditionibus, C. de pact.* sic nec ea, quæ dominii instar & vim obtinent, ut ius emphyteuticum, de quo proxime dictum est, & superficies. Argumento erunt servitutes, quæ cum multum distent a dominio: quia tamen ius habent in re & rei cohærens, cuius iuris quis interdum dominium habere dicitur: non aliter hæ transferuntur, quam si traditæ sint, aut id intervenerit, quod sit vice traditionis; puta usus eius, cui servitus debetur, & domini patientia. *L. quoties, ult. D. de servit. L. 1.* in fin. *D. de servit. rust. præd.*

XXI. Sed hæc, inquam, ita: si transferatur superficies consensu. Testamento legata, si quidem gratis, statim transfertur ad legatarium; nam & dominium ipsum legatum transferretur; *L. a Titio*, in fin. *D. de furt.* sin certa pensione constituta, quam legatarius præstaret: tum acquiretur superficies, cum conditio legatario placuerit, ut dixi in agro vectigali, qui testamento legatus sit. Nam cum, legato admisso, obligetur legatarius ad pensionem præstandam: invitum ei obligari iniquum est. *arg. in L. qui in aliena*, in pr. *D. de acq. her.*

XXII. Finis constituendæ superficiei hic est, ut habeatur ipsa, & sola. Quod eo pertinet, ut si conducitur conducatur nominatim hac lege, ut superficiarius eam habeat pro sua: si autem emitur, ut nominatim ematur sola in solo alieno venditoris. Nam ubi superficies simpliciter conducitur, nihil nisi locatio est; ex qua ius in rem non transfertur, ut supra dixi. *d. L. non solet, D. loc.* Si res emitur simpliciter, id agitur, ut si venditor dominus est, dominium transferatur. *d. L. clavibus, D. de contrah. empt. L. ex empto*, in princ. *D. de act. empt.* Quod & posterius pugnat cum iure Superficiei, quæ ita est in alieno solo, ut sit & ipsa eius, qui est dominus soli.

C A P. XVII.

Superficiarium ius quale: idest, quid superficiario det, quid domino soli adimat.

Nexus, & ordo I.

Superficiarius, quasi alter dominus easdem obtinet in superficie dominii partes, & remedia dominis prodita. II.

Dominii partium, & finitimarum his actionum & remediorum in superficiarii persona brevis & ordine facta enumeratio. III. IV. V. VI.

Alienandi iure, quo fruitur superficiarius, quot alienationis secundaria genera contineantur. VI.

In alienatione superficiei cur domini consensus non requiratur. VII.

Contrariis occurritur. VIII.

Unica præstatio superficiarii; & quæ illa; & an remittatur interdum. IX.

Superficiei proprietas est solius domini, tria huius proprietatis emolumenta, & quæ sint. X.

I. Superficie ita recte constituta & quæsita, de iure eius videndum est, quale sit, & quid superficiario det, quid domino adimat. Ius propemodum emphyteutico per omnia simile. Et in summa ut emphyteuticarius in agro vectigali: sic superficiarius in superficie ius domini obtinet. Id eædem illæ partes dominii huic tributæ indicabunt.

II. Superficiarius tenendæ, possidendæ, persequendæque superficiei ius habet solus, non aliter quam dominus in re sua. Quam ad rem & remedia illi eadem proposita.

III. Possidenti adversus omnes vindicantes exceptio est. *L. 1. §. is autem, de superfic.* Quod si alius sive superficiarius, sive dominus, sive alius quivis pos-

fessionis faciet controversiam, datur possidenti [1] interdictum de superficiebus retinendæ possessionis caussa, eodem modo quo iis qui pro dominis possident, datur interdictum Uti possidetis. *L.* 1. in princ. §. *proponitur*, *de superfic.* idest ei, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario superficie fruitur. Ideo, inquit Ulpianus, non exigit prætor ab eo, quam caussam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario ab adversario possideat. *d. L.* 1. §. *proponitur*. Exigit quidem prætor, ut dicat actor se superficiem habere, & se ut superficiarium possidere; quia interdictum non datur nisi de superficie, quam quis habeat: sed non exigit, ut dicat, qua ex caussa superficiem habeat, iusta, an iniusta. Sive enim iuste possideat, sive iniuste, idest, vi, clam, aut precario: hoc ipso superior est, quod possidet, dum non possideat vi, clam, aut precario ab adversario. Nam & ita fieret in interdicto uti possidetis. *L.* 2. *L.* 3. in pr. *uti possid.* Possessione autem superficiei amissa, etiam ultro superficiario in rem actio datur rei persequendæ caussa, idque adversus omnes possessores, & quidem adversus [2] dominum ipsum soli: *L.* 1. §. 1. §. *quod ait*, §. *is autem* *D. de superfic.* tametsi dominus superficiario propriis actionibus in personam tenetur; ex conducto quidem, si superficiarius conduxit: ex empto autem, si emit: ad hoc, ut si dominus superficiarium prohibet suo iure uti, id quod interest præstet: sin prohibeatur superficiarius ab alio, cedat dominus ei actiones suas. *d. L.* 1. §. 1. Sed & superficie vendita [3] evicta, actio est adversus dominum ob evictionem *d. L.* 1. §. *si soli*. Sed utilius est possidere, quam in personam agere. *L. plus cautionis*, *D. de reg. iur.* Idcirco utilius visum, superficiario in rem actionem polliceri; quæ & possessorem sequitur, & possessionem avocat. Quæ Ulpiani ratio est, cur sit hic actio in rem proposita. Non est hæc actio directa, quia superficiarius dominus non est: *d. L. ult. de superf.* iure autem civili ita sunt proditæ in rem actiones, si quis dominium suum vindicet. §. *namque Inst. de act. L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed datur utilis, [4] ex edicto prætoris, tanquam alteri domino. *L. tutor*, in fin. *D. de pign. act.* Ex quo est, quod hæc actio dicitur ab Ulpiano *quasi in rem actio*. d. *L.* 1. §. 1. in fin. *Quasi in rem* valet *utilis*. Sic hypothecario dicitur quasi Serviana. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* quæ ideo alibi dicitur utilis Serviana. *L.* 1. §. *cum prædium*, *D. de pignor.*

IV. Superficiario ut rei habendæ: ita & incolumis habendæ ius est, eamque incolumitatem ille adversus incurrentia incommoda iisdem remediis tueri potest, quibus dominus rem suam. Nam si quod opus novum instituatur, quod superficiario nociturum sit, potest nuntiare novum opus. *L.* 3. §. *penult. D. de op. nov. nunt.* Si a vicinis ædibus aut opere facto damnum metuit, utiliter stipulatur damni infecti. *L. qui bona*, §. *superficiarium*, *D. de damn. inf.*

V. Et utendi fruendique ius maxime superficiarii est: nec alio spectat habere superficiem, quam ut superficie uti frui liceat. Denique superficiarius usum & usumfructum in superficie aliis constituere potest, ut paulo post dicetur. *L.* 1. §. *penult. de superfic.* Habuit prius igitur. Non enim potuit transferre, quod non haberet. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de regul. iuris.* Quapropter etsi quis eum superficie uti prohibeat, hoc ius tueri potest, & interdicto Uti possidetis, & actione negatoria, & in-

1) De quo Menoch. *Retin. poss. Rem.* 4. ubi *n.* 35. illud tantum dari putat, ei qui ad non longum tempus conduxit, quod refellit A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 8.

2) Sed puto contra dominum esse aliam actionem, quæ dicitur in superficiem, in *L.* 1. §. 6. *h. t.* Atque eam puto significari quoque, in §. 1. *in fin.* ubi *quasi in rem actio*, contra dominum scilicet non utilis, quæ contra extraneos, sed in superficiem. Qua ratione defendi potest recepta & Florentina lectio *d.* §. 6. contra cavillationes & emendationes A. Fabri 64. *Err. Pragm.* 4. pro *petitori in superficiem* substituentis *pignori & superficiem*, quia sic omnia belle conveniant, & alias sensus loci nullus. Nam immo nulla ibi insulsa repetitio actionis de superficie dandæ, sed ea eo, quod dixerat Ulpianus in ipsam rem actionem dari, infert multo facilius dari in superficiem, si actione utili superficiarius non ipsam rem, sed superficiem persequi velit. Quis enim dubitet si in actione id exprimat se superficiem petere, non inepte ideo acturum, etsi forte contra extraneum. Quia nimirum etsi non magis superficiei dominus sit, quam soli, vel ædificii integri solo & superficie constantis: negari tamen nequit plus iuris ipsi esse in superficie, quippe sibi constituta, quam vel in solo, vel toto ædificio, cuius partes sunt superficies & area. Atque sic sequentia belle conveniunt. Quia enim habet actionem in superficiem, inde fit ut quasi usumfructum eius constituere possit. Ita puto.

3) Quam §. 5. A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 6. accipit quando quis integrum ædificium emit, & passus deinde controversiam ab eo, cui anterius superficies in eo constituta, quod tum emptori contra auctorem, sit actio de evictione ex æquitate, tanquam cui utilitas partis rei, id est superficiei, absit.

4) Non directa, nec civilis utilis, ut in emphyteusi, vid. *not. supra* C. 14. *N.* 1. sed prætoria, per *L.* 75. *de R. V.* Unde non competere dicitur sicut illa, sed dari *L.* 16. §. *ult. de pignorat. act. L.* 1. §. 3. *h. t.* quia ius civile nec ex contractu temporario, vel dominium acquiri, vel rem in bonis fieri patitur; nec dominium superficiei separari a solo, *L.* 26. *de Usuc.* Et faciunt *d.* §. *ult.* verba: hodie utiles actiones dantur, quæ significant posteriores tantum de hoc providisse, ita A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 9. Sed clariores hinc in rem textus, quos Faber non adducit, *L.* 3. §. 3. *de op. nov. nunciat. L.* 3. §. 7. *ibi* superficiarii actionibus a prætore utentur, *Uti possid.*

& iniuriarum; quæ sunt remedia prodita adversus eos, qui nos rebus nostris uti prohibent. *L. sicut*, *§. Aristo*, *D. si serv. vindic. L.* 3. *§.* 1. *D. uti possid. L. qui pendentem*, *D. de act. empt.*

VI. Postremo & alienandi ius superficiarii est non minus, quam domini. Quæ res quantum sit ius superficiarii, magis ostendit. Declarat enim eum non tantum sibi habere ædes superficiarias, sed etiam omnibus successoribus: ut ad quoscumque sint translatæ, non possit dominus eas auferre. Non tantum ergo superficies ad heredes transit: sed & donare eam & legare potest. *L.* 1. *§. penult. de superf.* proinde & vendere multo magis. Cui consequens est, quod ibidem Ulpianus subiicit, ut si superficies duobus sit communis, possit unus adversus alterum agere utili iudicio communi dividundo. Quippe hæc provocatio genus quoddam est alienationis; cum ex hoc iudicio possit iudex, & si superficies dividi commode non potest, debeat uni rem adiudicare: *§. eadem*, *Institut. de offic. iud.* adiudicatio autem dominium transfert in eum, cui adiudicata est. *§. ult. Inst. eod.* Quod si superficiem totam superficiarius transferre ad alios potest: multo magis superficie retenta, poterit ius suum in ea minuere, & alterius augere, id est, servitutem imponere, ut loquitur Ulpianus in *L. de pupillo*, *§.* & *belle*, *D. de oper. nov. nunt.* Ergo ut idem scribit in *d. L.* 1. *§. penult.* & *§. ultim. de superf.* & [5] usumfructum sive usum constituere in superficie poterit, & servitutes prædiorum, veluti tigni aut stillicidii in ædes immittendi, ut hæc non minus valeant, quam si a domino essent constituta. Sane, inquit, ipso iure non valebunt, id est, iure civili: quoniam hoc iure usumfructum solus constituit proprietarius, qui usumfructum a proprietate, aut proprietatem ab usufructu separat: *§.* 1. *Inst. de usufruct.* Et servitutes prædiorum solus, qui prædii dominus est: *L.* 1. *D. comm. præd.* Superficiarius autem superficiei dominus non est: *L. ult. de superf.* Sed constituentur, inquit, servitutes [6] prætorio iure, petenturque utilibus actionibus, scilicet ut quemadmodum superficiarius actionem de superficie habet in rem iure prætorio, utilem tamen: sic & eodem iure defendantur servitutes ab eo constitutæ iisdem actionibus. Unde alibi ab eodem servitutes in vectigali fundo vel superficie constitutæ, dicuntur non iure constitutæ, sed tuitione prætoris. *d. L.* 1. *in pr. D. quib. mod. us. amit.*

VII. In hac alienatione quæritur, an superficiarius cum alienare superficiem vult, debeat venditurus alii, dominum soli admonitum, & eodem pretio emere volentem extraneo præferre: aut domino ab hac emptione vel sua voluntate, vel mora duorum mensium excluso, debeat ab eo impetrare, ut novum superficiarium inducat in possessionem superficiariarum ædium, & illo inducente pro opera quinquagesimam solvere, ut exigitur ab emphyteuta volente fundum emphyteuticum ad alios transferre. *L. ult. C. de iur. emphyt.* Puto in superficie nihil horum [7] a superficiario exigendum. Generaliter hoc illi & sine exceptione tribuitur, ut possit superficiem ad alios transferre, in dicta *L.* 1. *§ penult. de superf.* Generaliter igitur, & sine exceptione accipiendum ut possit: nec quærendum, quis consentiat, aut non consentiat, ut est recepta interpretatio omnium legum generaliter conceptarum. *L.* 9. *§. animadvertendum*, *D. quod met. causs. L. item veniunt*, *§. petitam*, in fin. *D. de hered. pet.* Nec ullus locus est, qui in superficiei alienatione hunc consensum domini requirat.

VIII. Non me movet, quod hic consensus in fundi emphyteutici alienatione exigitur constitutione Iustiniani *d. L. ult. C. de iur. emphyt.* Hoc enim ius ad superficiarium transferri non oportet. Primum non eadem caussa est superficiarii, quæ emphyteutæ. Plus enim iuris habet emphyteuta, qui etiam in solo ipso quasi dominium obtinet: ut non sit iniquum plus etiam ab eo exigi. Scimus autem, si quid lege aliqua constitutum ad alias species transferendum est, ad similes transferendum esse, & in quibus eadem ratio sit, non aliter. *L. non possunt*, *D. de legib. L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Deinde ut esset in utroque par caussa & ratio: tamen animadverti debet, quod constitutum est de consensu domini in alienatione a-

gri

5) Ius enim eius plenius quam fructuarii, cum & civiliter possideat, per *L.* 15. *§* 1. *Qui satisd. cog.* Cuiac. *ad L.* 49. *de V. S.* Recte autem & sic *d. §.* accipit A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 5. contra Accursium ita interpretantem, superficiarium habere quasi usumfructum vel usum illius prædii, in quo habet superficiem, quia series contextus resistit.

6) Vid. A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 6. Male autem vulgo hoc probant, ex *L.* 3. *de servit.* ut & Duar. *ibid.* cuius alius sensus, vid Io. Superior. *ib. n.* 1.

7) Diff in casu quo sub lege annuæ pensionis præstandæ conducta superficies, Bart. *in L.* 1. *§. quia autem* 6. *hoc tit.* & alii relati a Menoch. *de Arb. Ca.* 31. *n.* 3. & Valascus *Iur. Emph. Quæst.* 33. *n.* 12. quos refellit A. Fab. 64. *Error. Pragm.* 7.

gri emphyteutici expectando, constitutum esse utilitatis quidem caussa ad ius dominorum magis confirmandum, attamen contra rationem iuris communis. Nam hoc iure licet unicuique de re sua statuere, ut vult. *L. in re mandata, C. mand.* Emphyteutam autem agri emphyteutici quasi alterum dominum esse placet. Quinetiam ius olim ita fuit ante constitutionem Iustiniani, ut nulla necessitate emphyteutæ imposita consensum domini exspectandi, libera ei esset fundi emphyteutici alienatio. *§. adeo, Institut. de loc. L. 1. D. si ag. vect. L. si domus, §. ult. D. de legat.* 1. Porro quod contra rationem iuris communis receptum est, non est producendum ad consequentias. *L. quod vero, D. de legib.*

IX. Atque hoc superficiarii ius est in superficie, omnia prope iura dominii in se continens, uti & emphyteuticum. Unus quod sit videamus. Et animadverto unam esse pensionem, quam superficiarius superficie conducta domino præstare debeat ex lege locationis. Nam publicarum functionum apochæ ut præstentur; ut expectetur domini consensus in alienatione rei; ut pro consensu præstetur quinquagesima, omnia sunt eiusmodi, quæ ab emphyteuta quidem exigantur Iustiniani constitutionibus. *L. 2. L. ult. C. de iur. emphyt.* Sed iam dixi nihil satis esse caussæ, cur eadem a superficiario exigantur, præter quam quod aliis legibus omnibus & constitutionibus exigi videmus. Sed & pensionem non debet superficiarius, non tantum si sublata erit superficies, sed etiam si ei per vim alienam aut alios casus frui superficie non licebit. Tum enim ex generali lege conductionis ei, cui frui non licet, pro eo tempore pensio remittitur. *L. ex conducto, §. Papinianus, D. locat.* Quod si superficies empta erit, ut emptione constitui posse supra diximus: nihil plane obstat superficiario, quominus in superficie, quamdiu perseverat, per omnia domini loco habeatur. Quæ omnia ostendunt, quantum de iure domini, a quo est superficies, detrahatur.

X. Etsi autem hæc iura sunt superficiarii: tamen illud tenendum est, quod iam aliquoties dixi, ipsum dominum non esse: sed ut superficies habetur in alieno solo; ita eum superficiei dominum esse, qui & soli, quia solo superficies cedat. *L. ult. de superf. §. cum in suo, Institut. de rer. divis.* Sed cui bono hæc proprietas, quæret aliquis, ubi omnia prope commoda dominii fateamur esse penes superficiarium? Non est vero hæc proprietas inutilis. Eius commoda sunt hæc tria: Primum dominus etiam manente superficie actionem habet in rem de superficie ipsa adversus omnes possessores excepto superficiario: *L. 1. §. is autem, de superfic.* Deinde pensionem accipit quotannis pro superficie, ubi superficies conducta est: Habetque hæc pensio certam agnitionem superioris domini, ac sine ea periculose constituitur alii superficies in alieno solo. Sic enim facile futurum sit procedente tempore, ut superficiarius existimetur vere esse dominus ipsarum ædium, id est, non tantum superficiei, sed etiam soli. Ideo qui sibi recte cavere volunt in superficiebus alii in suo constituendis, curant ne aliter constituant, quam in conducto solo, & certa pensione constituta. Et hic fere mos est receptus constituendæ superficiei, dum scilicet homines in hac constitutione id periculum vitant, quod dixi. Ad quem morem respicientes veteres non male fortasse quis dixerit, & interdictum de superficiebus, & definitiones superiores superficiarii de eo, qui superficiem certa pensione in alieno conductam haberet, concepisse. Recte enim defendetur hoc illos fecisse, non quia superficies in alieno constitui non posset & emptione, & gratis: sed quia nunquam fere aliter constitui soleat, quam conductione. Dicere autem solemus, iura aptari debere ad ea, quæ ut plurimum accidunt, non ad ea quæ raro. *L. 3. & tribus seqq. D. de legib.* Postremum commodum & maximum proprietatis dominicæ in eo est, quod cum pluribus modis amittatur superficies, omnibus his evenit, ut superficies ad proprietarium redeat, ut fit in usufructu finito. *§. ult. Inst. de usufr.*

CAP.

CAP. XVIII.

Superficiarium ius quibus modis amittatur.

I. UT res cæteræ suis modis quæsitæ; sic & superficiarium ius suis item modis finitum amittitur. Finitur autem iisdem prope modis, quo ius emphyteuticum, nisi quod in superficie accedit mutatio rei, & culpa superficiarii, quibus rebus aliter superficies; aliter emphyteuticum ius amittitur. Eo & separatim de his in hoc iure dicendum est. Finitur ergo ius superficiarium aut iure domini soli soluto; aut tempore & lege constitutionis; aut rei mutatione; aut superficiarii culpa.

II. Iure domini soluto, si is superficiem constituit in suo solo, qui ad tempus aut conditionem soli dominus erat; ac deinde exsistente conditione dominus esse desiit, quod quale sit, exposui in iure emphyteutico. *Arg. in L. lex vectigali, D. de pign. L. Et post. §. 1. D. fam. erc.*

III. Tempore: si ad certum tempus, ut fit, superficies conducta, vel empta, vel alio modo constituta sit. Certa enim lex hoc modo dicitur superficiei habendæ. Ultra, aut contra hanc legem audiri non debet, qui frui desiderat, ut est in *L. 1.* in fin. *D. de loc. publ. fru.* Sed & hoc in superficie præcipue obtinet. Nam post tempus dominus iure soli recte superficiem sibi vindicabit, utpote quæ non conventione, sed iure ipso cedat solo; atque adeo quæ domino soli iam ab initio sit quæsita. *L. ult. L. 1. §. is autem, D. de superf.* Cui vindicanti si superficiarius opponet exceptionem superficiei sibi constitutæ: iure hæc exceptio pacti conventi aut doli mali replicatione removebitur. Dolo enim facit superficiarius, qui superficiem contra conventionem retinere contendat. *L. 2. §. item quæritur, §. & generaliter, D. de dol. mal. exc. L. obligationum fere, D. de obl. & act.*

IV. Rei mutatione amittitur superficies, sublato ædificio, vel quia ædes corruerunt, vel quia incendio sunt absumptæ. Hoc modo perit usufructus ædium, quod & ipsum ius est in ædibus alienis. *L. repeti, §. rei, D. quib. mod. usufr. amit.* Pereat eodem modo oportet & ius superficiarium, quod consistit tantum in superficie. Vel brevius dicamus & certius de iure superficiario id, quod de usufructu scriptum est in *L. 2. D. de usufr.* ius superficiarium esse ius in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est. Sed argumentum huius sententiæ non obscurum videre est in *L. inter. 39. §. damni, D. de damn. inf.* ubi traditur, si solo, in quo erat superficiaria insula, ita damnum datum fuerit, ut superficies tolleretur; evenire, ut fraudetur dominus soli in pensione percipienda. Non fraudatur dominus soli in hac perceptione, nisi quia superficie sublata, non iam amplius pensionem superficiarius debet: nec vero desinit debere, nisi quia solutum est ius superficiarium, cuius nomine pensio debita præstabatur.

V. Itaque nec si dominus iterum ædificarit in eodem solo, ideo restituetur ius amissum superficiario: uti nec sublatis fructuariis ædibus, ac postea a domino restitutis redintegratur ususfructus. *L. quid tamen, §. 1. D. quib. mod. usuf. amit.* Et sane superficiem restitutam si superfi-

cia-

ciarius vindicat, necesse est aut iure soli vindicet; aut iure superficiei. Non potest iure soli, quoniam constat solum semper alienum fuisse, etiam si prior superficies maneret: *d. L.* 1. §. 1. *L. ult. de super. L. id est. D. de rei vin.* Non superficiei iure, quia priorem quidem superficiem superficiarius sibi habuit: at hæc quæ restituta est, alia est superficies, non vetus.

VI. Quid tamen, si non conduxit superficiem, sed solum ipsum, ut in eo ædificaret, & superficiem haberet ac deinde superficies incendio absumpta sit? an non videtur ei permittendum iterum ædificare, si desideret, & superficiem habere iuxta conventionem? Non puto. Habuit enim superficiem constitutam sub conditione, si ædificaret: cui conditioni paruit primum ædificando: Conditione semel expleta amplius ei parere non potest. *L.* 8. in princ. *D. de manum. test.* Sed & conventio de superficie ædificanda & habenda, de proxima superficie intelligenda est: alioqui conventio incerta fit inutilis. *Arg. in L. eum qui Calendis*, in princ. *D. de verbor. oblig.* Nisi si quis dicat id actum esse, ut omnes superficies, quæ quandoque in eo solo & ædificatæ, & collapsæ restitutæ erunt, cederent superficiariæ. Quod non est verisimile; ne inutilis fiat proprietas semper abscedente superficie: qua ratione placuit multis modis finiri usumfructum, quibus alioqui res cæteras non finiri constat, §. *ne tamen*, & §. *finitur*, *Inst. de usufr.* Idem dicemus multo magis, si quis conduxit solum, ut superficiem, quæ tum erat, haberet. Sic enim & dominus una superficiem suam se locare dicit, & superficiarius se hanc conducere: quæ oratio aperte ad præsentem superficiem refertur, non ad futuram. *Arg. in L. si ita.* 7. *D. de aur.* & *arg. leg.*

VII. Non obstat, quod in his omnibus solum conducitur: sublata autem superficie nihilominus solum manet. Non enim ideo manet soli conductio, ut per solum maneat etiam conductio superficiei novæ: conducitur enim solum, sed superficiei habendæ caussa. Unde fit, ut superficie sublata, tollatur etiam soli conductio, quæ propter superficiem contracta erat: ut necesse est sublata caussa tolli effectum. *L. quod dictum*, *D. de pact.*

VIII. Bartolus contra ad *L. ult. de superfic.* qui sublata priore superficie etiam conductionem soli manere putat, ac per hanc etiam durare superficiei novæ ius & conductionem, cum solum conductum est, ut superficies in eo haberetur. Movetur exemplo usufructus omnium bonorum legati: Ex quo quia & ædium quæ sunt in bonis, & areæ ædium, quæ item est in bonis, usufructus ab initio legatus est; ideo placet, non solum ædibus stantibus, ædium usumfructum deberi; sed etiam, his sublatis, usumfructum areæ manere. *L. quoties*, §. *ult. D. de usufr.* Quod exemplum nullo modo congruit. Manet enim usufructus areæ, etiam sublatis ædibus, quia semel legatus, in omne tempus legatus intelligitur, quandiu fructuarius eodem statu vivet, ut est natura usufructus: Solo autem ita conducto, ut illic habeatur superficies, iam dixi solum videri conductum in id tempus quo prima superficies habebitur: hac dissoluta cessare conductionem. Adde, quod usufructus soli, ius habet in ipso solo, ac propterea solum semper sequitur. Conductio autem soli, ius domini non mutat: *L. non solet*, *D. loc.* eoque nec facit, ut si quid ei solo imponitur, sequatur conductorem, si nihil aliud nominatim convenerit.

IX. Culpa superficiarii ius superficiarium amittitur desiderante domino, si pensione constituta, quod fit, conducta superficie, pensio suo tempore non præstetur. Hæc lex est conductionis ædium, vel fundi, ut si finito anno, pensio non solvitur, statim conductor a domino expelli possit, necdum etiam impleto tempore conductionis. *L.* 3. *C. loc.* Usque adeo, ut quanvis inter locatorem fundi & conductorem convenerit, ne intra tempora locationis conductor invitus expelleretur, & si pulsus esset, pœnam a locatore sit stipulatus: tamen placeat nihilominus impune expelli posse, si pensionibus non satisfecerit. *L. quæro*, §. *inter*, *D. loc.* Servatur hæc lex etiam adversus publicanos, id est, eos, qui publica conduxerunt. *L. vectigalia*, §. 1. *D. de publican.* Multo ergo magis servanda adversus superficiarios in re privata, quoniam plus tribuitur publicanis publicorum vectigalium caussà. Arg. *L.* 1. *D. de loc. publ. fru.*

X. Quid ergo? non requiremus, ut per totum triennium superficiarius pensionem non solverit, prius quam possit eiici? Nam hoc in emphyteuta ut possit a domino expelli, prius exigitur constitutione Iustiniani. *L.* 2. *C. de iur. emphyt.* Non requiremus: horum enim contractuum dissimilis natura aliud atque aliud ius in hac re exigit. Contractum emphyteuticum non solum placet propriam naturam & definitionem habere; sed etiam nominatim ab emptio-

emptionis & conductionis similitudine separatam. *L. 1. C. de iur. emphyt.* Quare quod placet emphyteutam non ante posse expelli, quam per triennium totum pensionem solverit; fit hoc ex illa definitione & natura, quam propriam huius contractus esse volumus, ideo nec transferamus ad conductionem superficiei, cum videamus nominatim a locatione & conductione separari. At in superficie, quæ, certa pensione constituta, habetur, vere locatio & conductio est: *L. 1.* in princ. & *§. 1. de superf.* quamobrem & naturam locationis hac quoque parte retinebit; cum constet nihil in superficiario hac parte mutatum esse specialiter illis constitutionibus.

XI. Præter pensionem cum dixerimus superficiarium nihil domino præstare debere; fit, ut nulla in alia re culpa admitti possit a superficiario, cur iure suo cadat, & a domino eiiciatur. Conventio semper excipienda est. Quidquid enim convenerit, ut superficiarius præstaret, conventio servanda est; & generale illud tenendum; contractus ex conventione legem accipere. *L. 1. §. si convenit, D. depos. L. contractus, D. de reg. iur.* Idcirco & hoc non præstito, eadem culpa ac propter culpam eadem pœna est. Et certe quidquid præstandum est a superficiario, si pensio non est, pro pensione aut pretio cedit. Hoc enim ipso vilius superficies aut conducta aut empta est. *L. fundi 78. D. de contrah. empt.*

XII. Superficiei finitæ exitus idem, qui finiti ususfructus, nempe ad dominum soli redit, *§. ult. Inst. de usufr.* Et hoc maxime ius est in superficie, cum superficies alii cedere non possit, quam solo, ut initio diximus, *§. cum in suo, Instit. de rer. divis. L. ult. de superf.*

C A P. XIX.

Bonæ fidei possessoris iura in re aliena.

Iura possessoris bonæ fidei tria. I.
1. *Ius possidendi; & quæ possessionis habendæ caussa institutæ sunt actiones & quæ illæ.* II.
2. *Ius, seu conditio usucapiendi. Quale hoc sit, & quo loco de isto iure tractetur ab auctore.* III.
3. *Fructus percipiendo faciendi suos. Quo in loco de hoc iure auctor disseruerit.* IV.

Iura bonæ fidei possessoris domino uti volenti iure suo non nocent integris rebus, & quare; & quatenus. V.

I. ET bonæ fidei possessori sua iura sunt in re aliena. Ea tria sunt, Possidendi, Usucapiendi, Fructus percipiendo suos faciendi.

II. Bonæ fidei possessor in re aliena, quam bona fide cœpit possidere, non possessionem tantum, sed quod diximus, possidendi ius obtinet. Id hanc significationem habet; ut non tantum dum vere possidebit, possit retinere possessionem, quod potest vel interdicto Uti possidetis, vel adversus vindicantem exceptione: *L. 1. §. est igitur. D. uti possid.* sed & amissa possessione, quam bona fide & iusta ex caussa nactus erat, possit ultro rem persequi, ut possessionem recipiat. Ad eam rem actio illi in rem comparata, quæ dicitur Publiciana. Neque ei datur alio modo, quam si vere dominus esset re iam usucapta. *§. namque Inst. de act. L. 1.* & deinc. *D. de Publician.* Et quia in rem est, datur adversus omnes, qui eam tenent, possident, & habent restituendi facultatem, ut est natura actionum in rem. *L. actionum. D. de obl. & act. L. officium, L. qui restituere,* in fin. *D. de rei vind.* Unus dominus excipitur, cui non obsicitur Publiciana. *L. pen.* & *L. ult. D. de Publician.*

III. Ius usucapiendi ita est, ut qui ex iusta caussa, puta emptionis, donationis, rem a non domino sibi traditam bona fide accepit, si eam constituto tempore possederit, possessione suam faciat, & uno verbo usucapiat. Quod ius describitur *Inst. de usucap.* in princ. Est autem a nobis expositum supra *Lib. 5.* in hoc genere acquisitionis.

IV. De fructibus ita ius est: bonæ fidei possessor fructus ex re aliena perceptos interim suos facit pro opera & cultura. *L. bonæ, D. de acq. rer. dom. §. si quis a non domino, Inst. de rer. divis.* Et de hoc iure in acquisitione rerum satis suo loco diximus, ubi etiam diximus, quid esset bona fide possidere, quis bonæ fidei possessor, quos fructus, quomodo, & quamdiu suos faceret. Hæc *Lib. 4. Cap. 24. 25. 26.* V.

V. Sed sciendum est ita esse hæc iura bonæ fidei possessorum, ut domino volenti non noceant rebus integris. Habet bonæ fidei possessor actionem in rem ad rem persequendam: sed habet & dominus, & eam, qua rem vindicare potest non tantum ab aliis iniustis possessoribus; sed ab hoc ipso qui bona fide possidet: & quidem ita, ut quanvis ille emerit, & pretium solverit, possit tamen dominus ab eo rem suam petere, & auferre etiam non oblato pretio. *L.* 3. *C. de rei vind.* Neque hic quidquam proderit possessori exceptio ad rem retinendam: quasi cui actio Publiciana datur, multo magis ei competere debeat exceptio *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. inr.* Iam enim dixi non esse Publicianam actionem adversus dominum. *d. L.* pen. & ult. *de Publician.* Bonæ fidei possessor usucapiendi ius habet. Sed potest dominus interrumpere usucapionem, id est, efficere, ne perficiatur cœpta usucapio, aut ne impleta noceat. Licet enim ei, ut dixi, vindicare rem a possessore. Lite contestata interpellatur usucapio civiliter, ut quanvis summo iure impleatur, postea tamen possessori nihil prosit, qui nihilominus cogitur rem restituere. *L. nemo*, *C. de acq. pos. L. moræ*, *C. de rei vind. L. nec bona*, *C. de præscr. long. temp. L. si post acceptam*, *D. de rei vind.* De quo diximus satis in interruptione usucapionis. Supra *Lib.* 5. Idem de iure fructuum percipiendorum licet dicere: fructus bonæ fidei possessor percipiendo suos facit: sed tantisper, dum bona fide possidet: qui simul atque ita possidere desiit, quod fit, ubi cognovit rem alienam esse, amplius fructus non fiunt eius. *L. bonæ*, in pr. & §. 1. *L. quæsitum*, *D. de acq. rer. dom.* At hac ratione potest dominus statim acquisitionem istam fructuum impedire. Licet enim rem ei suam petere a possessore, ut sic ille intelligat rem esse alienam. Ex quo tempore & fructus suos facere desinet. De quo etiam suo loco diximus in horum fructuum acquisitione. Ita in summa superiora iura a bonæ fidei possessore obtinentur in re aliena ignorante domino, aut sciente quidem, sed cessante & patiente; nunquam invito.

C A P. X X.

Pignus: seu de iure creditoris in pignore.

Pignoris verbum ambiguum. Quo sensu hic accipiatur. Quibus in locis fuerit ab auctore tractatio de pignoribus occupata. I. II.
Summa creditoris iura in pignore duo, & quorsum creditori attributa. III.
Ius tenendi & possidendi pignoris quid: & quæ possidenti pignus aut persequenti eo nomine proditæ actiones. IV.
Item ius distrahendi pignoris quale; & quæ talis iuris effecta. V.
Secundaria creditoris in pignore iura pariter duo. VI.
Ius percipiendi fructus ex pignore. Quæ verior talis iuris caussa. VII.
Item ius pigneratam rem novo pignori obligandi. Quatenus hoc ius consectarium. VIII.

I. Pignoris quoque ius in re aliena habetur. Est autem pignoris verbum anceps. Nam & ad nexum rei, & ad rem ipsam, quæ eo nexu tenetur, refertur, sic tamen; ut in his definiendis utrumque inter se mutuam operam præstent, ut & ex nexu rei res obligata, & ex re obligata, quale sit genus hoc nexus, intelligatur. Sit ergo pignus, cum hoc verbum de re pignori nexa usurpatur, *res omnis pro debito obligata*, quæ & hypotheca dicitur. Sic describitur & nominatur in §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Hanc obligationem etiam pignus nominamus, idque ius est, quod in re aliena haberi dicimus. Id ius tunc erit, cum erit vere pignus: quod fiet, cum erit recte constitutum, & constitutum perseverabit, nec erit solutum.

II. Sed quid sit pignus, quomodo constituatur, quibus modis solvatur, scripsimus pluribus ordine in libro de pignoribus, & in commentariis ad titulos huius argumenti, *C.* sed & locus magis ad obligationes creditoribus firmandas pertinet. Datur enim pignus, ut creditori cautum sit. Nunc proprium est huius loci, ut quæramus, quæ sint iura creditoris in pignore, re alioqui vere aliena.

III. Ea summa & quæ pignoris: qua pignus est, propria sint, sola sunt duo: ius possidendi tenendive pignoris, & eius distrahendi. Iura ideo pignoris propria, quia

quia sola sunt accommodata ad finem pignoris obtinendum. Finis pignoris omnis est hic, ut magis creditori in tuto sit creditum, ut est in *§. ult. Instit. quib. mod. re contrahat. oblig.* Id ita consequitur creditor, si rem habeat, cui incumbere liceat in hoc, ut si pecunia non solvatur, possit distrahere, unde pecuniam conficiat, quo ipsi satisfiat. Hinc igitur illa duo iura nata & data creditori in pignore superioris cautionis obtinendæ caussa. Primum illud, ut rem ei tenere & possidere liceat, non solum ut pignus possidens possit id per exceptionem retinere: sed etiam ut, si non possidet, possit id ultro persequi, & vindicare ob omnibus possessoribus eius rei, sive is debitor sit, idemque dominus, sive extraneus quivis possessor, cum quo nihil contractum est. Quam ad rem ei actio in rem constituta: quæ ex re, quam persequitur, hypothecaria: ab auctore Serviana & quasi Serviana appellatur. *d. L. pignoris, D. de pignor. L. pignoris, C. eod. §. item Serviana, Instit. de action.* Potestas iudicii & exitus is, qui declaratur in *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pignor.*

IV. Notandum sic possessionem hic tribuere ius creditori in pignore: quod & fit in *L. cum & fortis, §. ultim. D. de pign. action.* ut nullam possessionem intelligere debeamus, ut appellatur in *L. si cum venditor*, in princ. *D. de evict.* idest, rei detentionem, quæ ad hoc tantum prosit, ut rei incumbere liceat. Et certe vere non possidet creditor. *L. sciendum, D. qui satisd. cog.* scit enim se dominum non esse. Unde & pro alieno possidet, non animo domini: eoque non possidet: quam ob caussam etiam non usucapit. *L. pignori, D. de usucap.*

V. Alterum ius est, quo ad superiorem cautionem recte pervenitur, ut si pecunia omnis non solvitur, liceat creditori pignus distrahere. *L. quandiu, L. si cessante, C. de distract. pignor.* Quod ne frustra tribueretur creditori, etiam munitum est iuris effectu, dum illi hoc datur, ut re distracta, si ex ea caussa rem tradiderit, dominium non aliter transferat, quam dominus. *L. non est novum, D. de aquir. rer. dom. §. 1. Institut. quib. alien. lic.* Hanc distractionem, & dominii translationem neque debitoris obnuntiatio impedire potest, rebus integris, neque re distracta, debitor revocare. *L. 2. L. 3. C. si ant. cred. L. si prius*, in fin. *C. de distract. pign. L. 1. & 2. C. debitor. vendition. pignor. imped. non poss.* Quibus de partibus etiam plura & exactius diximus in libro de pignoribus.

VI. Et primaria quidem iura creditoris in pignore, eademque propria eius cautionis, quæ in pignore quæritur, hæc sunt duo, quæ dixi. Sed sunt & alia inferiora quædam, quæ ex his efficiuntur, & velut pars sunt superiorum, digna tamen, quæ diserte proponantur, ne nos fugiant. Ea item sunt duo.

VII. Unum, ut dum creditor rem pignori obligatam possidebit. Possit ex ea fructus percipere: non tamen, ut eius lucro cedant, ut cedunt percepti a bonæ fidei possessore: sed ut percepti hactenus debitum exonerent: si quid inde apud eum amplius debito est, id reddat. *L. 1. L. 2. C. de pignorat. act.* Quamquam prope est, ut non tam in iure creditoris numerari debeat, quam in necessitate obligationis. Percipit enim, non quia potest, sed quia debet, ut est in *d. L. 2. C. de pignorat. act.* nempe potestate obligationis re contractæ coactus. De qua in *§. ult. Instit. quib. mod. re contrahat. oblig.* Nam cum creditoris quoque utilitas versetur in pignore: exigit ab eo regula omnium contractuum communis, ut in ea re non solum præstet dolum & culpam, sed & diligentiam, idest, ut in re curanda ea faciat, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Regula generalis tradita in *L. si ut certo, § nunc videndum, D. commod.* exposita diserte in specie pignoris in *L. si cum venderet, §. ult.* & *L. ea igitur, seq. D. de pign. act.* Huius porro officii & diligentiæ pars est, ut agros pignori obligatos a se possessos colat, & fructus percipiat, ne pereant. Sed quoniam hæc recte præstare non potest, nisi licet: ideo per caussam officii illi datum, ut iure posset colere, & fructum capere. Ex quo est, quod dicitur in *L. creditor, D. de pignorib.* creditorem prædia sibi obligata ex caussa pignoris, locare recte posse.

VIII. Alterum ius inferius, & superioribus consequens, est in eo, ut creditor rem sibi pigneratam possit alii pignori dare: ut tantum in secundum creditorem transferatur, quantum apud priorem fuit. Quod & creditori datum est. *L. grege, L. cum pignori, D. de pignorib. Tit. C. si pignus pign. dat.* Ius sua sponte natum a superioribus hoc modo. Quod enim creditor per se potest facere in pignore: id illi licere debet etiam facere per alium. Id autem fit, cum pignus alii creditori suo dat pignori. Sic enim ille secundus pignus vindicando, & distrahendo consulit ei, qui dedit, qui non aliter eo facto liberatur, quam si vindicasset ipse, &

rem

rem distraxisset. In quibus omnibus si de domino quæritur, dicendum est hæc iura domino non nocere. Sive enim debitori videtur pecuniam solvere, statim eo facto pignus tollitur; sive pignus ab eo distractum est, cedit ea res debitoris commodo, qui eo facto liberatur.

CAP. XXI.

De servitutibus, quæ in rebus consistunt. Servitus huius generis quid sit: Quæ huius generis propria, ex quibus possit intelligi, non solum quid sit servitus ipsa per se, sed etiam quid differat a reliquo omni superiore iure, quod in re aliena obtineri diximus.

Quare accuratior sit habenda cognitio de servitutibus. I.
Servitutis, ut libertatis verbum ambiguum. II.
Libertas & servitus aliter de hominibus, aliter de rebus inanimatis usurpantur: & quo sensu in utrisque. III. IV.
Quid significetur verbo Servitutis *in rebus. Divisio vulgata servitutis improbatur*. V.
Quid sit rerum servitus. Definitionis partes illustrantur. VI. & seqq.
Ius *in definitione servitutis varie explicatur*. VII.
Locus Celsi in L. quid aliud, *versic.* prædia *D.* de V. S. *Subtiliter & exquisite expositus*. VIII.
Servitutem esse in re aliena: & quare. De qua servitute hoc accipiatur. IX.
Vera servitutis ratio, & natura in eo posita, ut rei dominus vel non faciat, aut patiatur aliquid in suo. Plura utriusque exempla. L. quoties nec hominum §. Servitutum D. de servit. *illustratur*. X. XI.
Conventiones, & caussas, propter quas dominus obligatur in fundo suo quid facere, aut præstare aliquid ex eo alteri, licet sint onera in alieno constituta: non esse tamen servitutes. Eiusmodi onera tria, & quæ. XII. XIV. XV.
Excipitur servitus oneris ferendi; quæ exceptionis ratio. XIII.
Servitutes, si illius, cui acquiruntur, commodo non serviant, nihil valere: exponitur locus Pomponii in dicta L. quoties 33. *in princ.* D. de servit. XVI.
Secus tamen, si non illico, sed aliquando acquirentis commodo sit servitus profutura. Interpretatio L. ei fundo 19. D. de servit. XVII.
Ius in aliena re *servitutis proprium quid distet a reliquis. Singulorum differentia obiter exposita*. XVIII.

I. POstremo & servitutes sunt iura, & ea in re aliena. Quæ quid distent a superioribus, cum tamen & illa in alieno sint, definitio ostendet. Iura sunt, inquam, non quælibet: sed quæ in rebus hominum magnum, & præcipuum quendam, ac necessarium usum habent propter eas commoditates, quæ hinc percipiuntur, quibus in hac dominiorum distinctione, & tamen rerum coniunctione, hæc vita omnino carere non potest. Quo diligentius de his cognoscendum est. Sed eo magis, quod res ipsa, & ratio iuris de hoc genere minus est exposita.

II. Principio ne quis hic definitionem servitutis generalem exspectet, quæ omni servituti conveniat; sciendum est servitutis verbum, ut libertatis, esse [1] ambiguum: ut, cum sub una voce res plures significet nulla communione generis inter se coniunctas: non possint hæ res una definitione comprehendi.

III. Aliter libertas & servitus dicitur de hominibus; aliter de rebus certis dominio nostro subiectis, & maxime inanimatis. De hominibus proprie; de cæteris rebus aut per abusionem, aut certe per similitudinem quamdam superiorum & translationem. Proprie libertas est, facultas faciendi, quod velis: huius facultatis privatio servitus, cum quis iam non potest, quæ vult: quod fit, cum dominio alieno subiicitur. *L.* 4. *D. de stat. hom.* Atque hinc liberi, quorum ea facultas est: ser-

1) De variis significationibus vocis Servitutis, vid. Baro *ad Lib.* 1. *D. h. t.* Vult. *ad pr. I. h. t. n.* 1. Sic & libertatis variæ acceptiones. Dicuntur quoque liberi qui a tributis immunes, item qui nullius potestati subiecti, sed suis legibus vivunt, *αὐτόνομοι L.* 7. *de captiv. & postlim.* Et sic sæpe libertatem pro immunitate vel pro *αὐτονομία* & plenæ potestatis fruitione accipi apud auctores ostendit P. Fab *ad L.* 106. *de R. I.*

servi, qui isti dominio subiiciuntur. Quorum utrumque de hominibus proprie dici constat, & quidem ita, ut certum sit in res alias, quæ dominii nostri sunt, non cadere. Non enim fundus dici potest liber hoc sensu; ut significetur is, qui facere possit, quæ velit, cum facere quidquam non possit res inanimata: certe nihil velle potest, ac ne animalia quidem bruta. Eademque ratione nec servus, is fundus, qui iam non possit facere, quæ velit, quoniam non possit esse privatio, ubi non sit, aut natura rei esse non possit id, quod privetur. Iam autem dixi non esse in fundo facultatem faciendi aliquid, aut volendi, quæ servitute imposita minuatur. Sed & in hominibus hoc ipso, quod quis dominio alieno subiicitur, servus est, & serviens domino suo: ut hic verum sit rem suam domino servire. In cæteris rebus contra evenit, non modo ut quæ in dominio alicuius sunt, eæ ideo sint servæ: sed quo magis in iure sunt ac potestate domini, eo magis sint liberæ. *L. qui uti, D. de verb. sign.* Certe si quid in his licet domino facere dominii iure, hactenus liberæ sunt: & quod in his facit dominus, libertatis iure facit, non servitutis: de quo mox plura in definitione. Nominatur tamen etiam in rebus cæteris libertas & servitus: unde & [2] liberæ dicuntur, & servæ, seu aliis servire. *L. qui uti, de verb. sign. L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. 4. §. ult. D. de usucap.* Ex quo intelligi debet longe alia significatione de his rebus ista dici, quam cum dicuntur homines liberi, aut servi.

IV. Et res ita habet: Dicitur igitur in rebus cæteris dominio nostro subiectis, res libera, non quæ potest facere, quæ vult, cuius nulla facultas faciendi, aut voluntas est: sed in qua dominus ipse rei potest id ipsum facere pro dominii iure: servire contra ea, in qua dominus aliquid pro eo iure facere non potest: earumque conditionum prior libertas: posterior servitus appellatur. *L. 4. §. competit, D. si servit. vind. d. L. 4. §. ult. de usuc.* At enim cum hoc ipsum facere quid licere in re sua, aut non licere, totum sit dominici iuris, aut imminutionis, denique in domino ipso totum sit, non in re: cur hanc libertatem, aut servitutem tribuimus rei, non domini personæ? Eo fit, quia ut hic aliquid possit dominus, aut non possit, prius ei nascitur ex rei conditione, quæ hoc iure habetur, ut in ea dominus illud possit, hoc non possit. *d. L. 4. §. competit, si servit. vindic.* Nam & libertas ista & servitus conditiones sunt rei cohærentes, quæ & rem alienatam sequuntur, ac cum re ad novum dominum transeunt. *d. L. traditio, de acquir. rer. dom.* Sed utcumque hæ rei conditiones sunt, illud constat propter has non eo magis inanimatam aut intelligentia carentem rem liberam, aut servam proprie dici posse, sive quod eligere nihil potest, quod est libertatis: cui contrarium est servitus; sive quod si quis esset in ea, motus ad eligendum; tamen non posset dici ea res libera, quæ subiiceretur alterius dominio. Dicuntur ista per translationem, dum quod hominum est, transfertur ad res cæteras; & res sic accipitur, quasi quod ex his percipit dominus, videantur res ipsæ ei præstare: id autem tunc facere libere tanquam propensione quadam voluntatis, cum omnia sua ei præstant, quasi natura ita factæ, ut id velint. Quod cum præstare non possunt, iam videntur servire, utpote amissa ea facultate præstandi, quæ illis pro libertate affingebatur.

V. Sit ergo servitus, qualem hic intelligi volumus, conditio rei, non qua res dominio nostro subiicitur, & domino suo servit, qualis est hominum servitus: sed qua res dominii nostri non potest omnia dominii officia domino præstare, sed quædam cogitur præstare alii. Ut appareat in his servitutis verbo res significari contrarias. Quod non tantum eo prodest nosse, ut sciamus, quæ sit significatio & ratio verbi, quod proponitur: sed etiam ut vulgare vitium discamus fugere, acceptum aut maxime confirmatum a Bartolo in *L. 1. D. de servit.* quo servitutem ita dividunt, ut quædam sit mere personalis, quædam mere realis, quædam mista; & personalem vocant eam, quæ est servorum: reliquas esse volunt cæterarum rerum, de quibus postea. Vitiosa plane divisio, qua genus servitutis dividitur in eas species, quæ non sunt unius & eiusdem generis; ut pote de quibus genus uno modo & eadem significatione dici non potest. Sit sane hæc divisio verbi in sua significata, si quis ita appellare vult, quando verbum est ὁμώνυμον: At ne dixerimus rem, quæ dicitur servitus, dividi in has species, cum verbo servitutis diversa genera rerum significentur, ut proinde uni alicui hæ species subiici non possint.

VI.

2) *L. 30. pr. de ser. urb. L. 13. §. 1. de serv. rust. tot. tit. com. præd.* & *simil.* Cic. *de L. Agraria.* libera prædia meliore iure sunt quam serva. P. Fab. *ad d. L. 106. de R. I. initio.*

VI. Hæc de verbo. Ex quibus volo intelligi hic servitutem dicere nos, conditionem, qua res alii servit, quam domino. Rem videamus. Est autem hæc rerum nostrarum servitus, ius [3] in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Vera & recta definitio, quæ caussas servitutis complectitur, quibus positis fit servitus, distinguiturque ab omni superiore iure, quod & in re aliena esse diximus. Caussa efficiens servitutis, ius in re alii constitutum. Res tanquam materia servituti subiecta, res aliena. Ius tamen non quodvis: sed quod ius domini ita minuit alterius augendi caussa; ut cogatur dominus aut quid non facere in suo, aut illum alterum facientem pati. Finis, commodum solum utentis. Quæ sunt quatuor, quæ definitione complexi sumus: totidem, quæ ius de natura servitutis agnoscit, & desiderat.

VII. Servitus ius est. Id indicant omnes species servitutum, ut usufructus, iter, actus, via, & similes, quarum unaquæque in definitionibus veterum dicitur ius. *L. 1. D. de usuf. L. 1. D. de servit. rustic. prædior. L. 2. D. de servit. urb. præd.* Generaliter autem & definite scriptum est in *fin. tit. Inst. de reb. corp.* prædiorum urbanorum & rusticorum iura, etiam servitutes vocari: ut sciamus eiusdem rei nomina hæc esse, iura prædiorum & servitutes. Sane proprie, & quatenus significationem verbi exprimere velimus, servitus non est ius. Nihil enim tam contrarium est iuri, quam iuris imminutio. At servitus, qua servitus est, nihil nisi iuris imminutio. Sic enim constituitur, ut dominus ius suum deminuat, & alterius augeat, ut est in *L. de pupillo, §. & belle, D. de op. nov. nunt.* Sed servitus dicitur ius ab effectu, quia ita servitus exsistit in re aliena, si dominus nobis ius constituit aliquid in ea re faciendi invito se. Atque hoc ipsum ius est servitus, id est, servitutem facit: aut si malumus, hoc ipsum ius cum eodem tempore & pariter ius nostrum augeat, alterius deminuat; fit ut nobis, quibus debetur, ius sit: illi, qui debet, servitus. Illud semper recte defendetur, ideo id ius servitutem dici, quia quod in nobis ius est, in alio servitutem faciat. Sic a Paulo definitur thesaurus, depositio vetus pecuniæ in *L. nunquam, §. 1. D. de acq. rer. dom.* Atqui si sine figura loqui volumus, thesaurus non est depositio pecuniæ, sed ipsa pecunia deposita. Verum dicitur depositio μετωνυμικῶς, quia hæc depositio thesaurum fecit, id est, fecit, ut inciperet esse thesaurus. Proprie & significationi verbi convenienter si loqui placet, servitus recte dicetur conditio cuiusque rei, qua ea res alii servit. Sic vocatur servitus in *L. via, §. si fundus, D. de servit. rustic. præd.* Et recte: est enim conditio rei in usu iuris, qualitas cuiusque rei, qua res hoc aut illo modo affecta est. Ac talis est servitus, qualitas videlicet eius rei, cui cohæret: atque ita etiam nominatur in *L. traditio, D. de acq. rer. dom.* ubi cum fundus alienatur, dicitur transire, qualis est, & adiicitur, cum servitutibus, ut qualitas illa, quæ esset, intelligeremus.

VIII. Ex quo est illud Celsi, nihil aliud esse servitutes, quam prædia [4] qualiter se habentia. *L. quid aliud, D. de verb. signif.* Figurate hoc dictum est. Nam proprietate orationis salva, nihil minus verum est, quam servitutem prædii esse prædium ipsum, cum constet natura toto genere distare substantiam, & quod substantiæ accidit: prædium autem est substantia & subiectum servitutis: servitus ea, quæ extrinsecus accidens in hoc subiecto subsistit. Quod & a natura sumptum docuit Aristoteles in categoriis. Sed hoc voluit Celsus, servitutes esse habitus, quibus prædia qualiter, id est, certo modo se habent. Nam & ipse alibi de servitute eodem modo locutus legitur, id est, in *L. qui fundum, D. quem. servit. amitt.* Ubi tamen servitutem habitum vocat, ac velut

3) Duar. *ad Rub. D. h. t. & ad L. 5. §. 9. de op. no. nunc.* definit: Ius prædiis inhærens, quod unius utilitatem respicit, alterius libertatem minuit. Quæ fere definitio Bartoli est, quam exponit & tuetur Ioan. Superior *in Proœm. de Servit. n. 5. & 6.* Corasium tacite infectans, qui eam impugnat, *ad Rubr. h. t. n. 4. seqq.* Sed non convenit nisi reali imposititi. Lud. Vital. 2. *Var. Lect. 1. n. 1.* est: Qualitas rei propter quam pati cogitur rem habens in ea fieri vel ipse non facere, quod hominum vel prædiorum intersit, intra legitimum modum. Mavult qualitatem dicere, quam ius de servitutibus in genere, quia hæc vox, inquit, generalior. Atqui definitioni genus προσεχὲς adsignandum Vult. *in pr. l. h. t. n. 2.* Ius serviendi in re alterius constitutum. Quæ nominis est definitio, non rei. A. Guib. *Lib. 1. QQ. C. 18. n. 2.* Habitus extrinsecus accidens, quo prædia prædiis subiiciuntur. Sed hæc angustior &c. Alias definitiones refert Ioan. del Castillo *de Usuf. C. 40. n. 6.*

4) Forner. 2. *Select.* 28. licet A. Guib. *Lib. 1. QQ. iuris. C. 18. n. 5. d. L. 86.* de illis tantum qualitatibus loqui, quæ cum ipsa re nascuntur, ut sunt bonitas, salubritas, &c. Servitutes autem extrinsecus accidunt. Sed Gœddæus ibidem monstrat Celsum eo loco egisse de servitutibus, & exemplorum esse illustrare regulam, non restringere. Recte autem uterque Alciatum reprehendit, qui ibidem *n. 2.* pro *qualiter*, contra exemplarium fidem, reponit *æqualiter*. Vocantur & servitutes corpus *L. 17. de except.* ubi vocula *corpora* sumitur proprie ratione viæ, quod notat Guib. *d. C. 18. n. 10.*

velut hoc verbo quid ſentiat, interpretatur. Eſt autem habitus qualitas inhærens diuturnior, & quæ facile avelli non poteſt, qualis eſt ſervitus. Qualiter ſe habens utroque in loco dixit more Græco, pro certa qualitate, ſeu hoc aut illo modo affectum & conſtitutum eſſe. Sic Ariſtoteles qualitatem definivit in categoriis, ſecundum quam ποιοί τινες εἶναι λέγονται quales quidam nominantur. Quales, id eſt, certa qualitate præditi. Quod autem dixit Celſus ſervitutes eſſe prædia qualiter ſe habentia, eſt ὑπαλλαγή, in qua res [5] qualitate ſua notata poſita eſt pro ipſa qualitate eius rei: prædia qualiter ſe babentia, pro qualitas, qua prædia ita ſe habent: qualis eſt bonitas, ſalubritas, amplitudo, ut adiicit in *d. L. quid aliud, de verb. ſignif.* Cui orationi ſimilis eſt illa in *L.* 2. C. de reb. ered. *iuriſiurandi contempta religio ſatis Deum ultorem habet.* Non enim religio habet Deum ultorem, quæ etſi contempta ſemper Deo accepta eſt: ſed habet ultorem Deum contemptus religionis. Eiuſdem generis & illa, cum dicitur ſervitus acquiſita certo generi, id eſt, certæ formæ & qualitati agrorum, pro agris certi generis & qualitatis, veluti vineis. *L. certo*, in pr. *D. de ſervit. ruſt. præd.* Neque enim generi ipſi agrorum omnium ſervitus acquiritur, ſed uni agro certo, verum certi generis: neque genus rurſum hic aliud ſignificat, quam qualitatem. Alioqui diceremus quibuſcumque agris, & quomodocumque conſtituta eſſet ſervitus, ſemper videri conſtitutam certo generi; quod falſum eſt. Omnes enim agri ſunt uni generi ſubiecti. Similiter etiam dictum vehiculi certum genus, pro vehiculo certi generis & qualitatis, in *L. is cui*, 11. *D. quemadm. ſervit. amitt.* Hæc, inquam, de ſervitute dicuntur proprie & ex natura rei: ut ſit ſervitus conditio, qualitas, habitus rei, qua res ita affecta eſt, ut ſerviat. Sed tamen cum rem ſpectamus, quæ ſola ſervitutem facit, recte ſervitus ex uſu veterum dicitur ius id conſtitutum, quo liceat aliquid facere invito domino, quoniam ut ante dixi, id ius utenti ius eſt: debenti & patienti ſervitus.

IX. Hoc ius, ut in re aliena eſt, ita ſolum in re aliena ſervitus. Quod erat ſecundum obſervandum in definitione. Etenim ſi quis quid facit in re ſua, facit pro eo iure & libertate, quæ cuique domino in re ſua conceſſa eſt. Non ergo iure ſervitutis. Atque hinc dictum eſt, nulli [6] rem ſuam ſervire. *L. in re, D. de ſervit urbanor. præd. L. uti frui*, in pr. *D. ſi uſuſfr. pet.* Ita neceſſe eſt, ſi quid fit ſervitutis iure, id fieri in re aliena; eoque & in re aliena eſſe ſervitutem. Meminerimus ſemper, quod ante poſui, ſervitutis verbo etiam nunc intelligere nos, quæ non eſt ſervorum hominum: ſed quæ nominari ſolet in rebus cæteris dominio noſtro ſubiectis. Alioqui quod & ante attigi, in ſervis noſtris utr...que vere dicatur, & ſervitutem, qua ſervi tenentur, eſſe in re noſtra: & hic rem noſtram nobis ſervire, quoniam ipſi ſunt res noſtra, & iidem ſervitutem nobis ſerviunt.

X. Quod tertium in differentia huius iuris ſpectandum eſt: ſervitus non quodvis ius eſt in alieno conſtitutum, ſed quod duarum harum rerum conſiſtit in altera: vel ut dominus aliquid patiatur in ſuo; vel ut ipſe in ſuo facere volens non facere cogatur. Hoc eſt, quod Pomponius ait, naturam ſervitutum non eam eſſe, ut aliquid faciat quis: ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat. *L. quoties nec hominum*, §. *ult. D. de ſervit.* Patiatur, nempe facientes nos aliquid in ſuo, puta, re ſua utentes, fruentes, per prædium ſuum euntes, agentes, aquamve ducentes; immittentes tignum aut ſtillicidium in ſuas ædes: quæ ſunt ſpecies ſervitutum tam perſonarum, quam prædiorum; de quibus poſtea. *Inſt. de ſervit. L.* 1. *D. de ſervit. ruſt. præd.* Ut non faciat; veluti, ne tollat altius ædes ſuas; ne quid ponat in ſuo; ne luminibus ædium noſtrarum, aut proſpectui officiat. *L.* 2. *L. inter, D. de ſervit. urban. præd.* §. 1. *Inſtit. de ſerv. Naturam* dixit more veterum ſubſtantiam, id, ex quo ſervitus conſiſtit, & extra quod non ſit ſervitus. Sic ex natura contractus, aut extra naturam Ulpianus vocat in *L.* 7. §. *quinimo*, verſ. *idem reſponſum, D. de pact.* quæ alibi Papinianus eſſe dicit ex ſubſtantia aut extra ſubſtantiam contractus, *L. pacta, D. de contrah. empt.* Et recte in his conſiſtere dicitur natura & ſubſtantia ſervitutis. Quot enim ſunt, quæ libere dominus poteſt facere in re ſua, tot eſſe neceſſe eſt, quæ illi detracta efficiant ſervitutem. Non dixi ſervitutem ius eſſe, quo, dominus in re ſua ius ſuum deminuit, & alterius auget; quod tamen Ulpianus ſervituti tribuit, & hac veluti nota eam deſignat in *L. de pupillo*, §. *& belle, D. de oper. nov. nun.* non quod non

5) Vide Gilb. *Reg.* 2. *Enant. ult.* Sic concretum pro abſtracto: incertum conditionis, *L.* 1. *C. de pact.* recens aditæ hereditatis *Lib.* 31. §. 2. *de reb. auct. Iud.* Cur. 1. *Conect. ad Fratr.* 47.

6) *L.* 33. §. 1. *de ſerv. ruſt.* ubi Cuiac. 9. *ad Afric.*

non recte id de servitute dicatur, quod plane omnis servitus in se habet: sed quia id d'ci ad iustam definitionem, & ad efficiendum id, quod sit servitutis proprium, non est satis.

XI. Nam & ius emphyteuticum, & ius superficiarium iura sunt constituta in re aliena, quæ & ipsa ius domini minnunt, alterius augent, neque tamen sunt servitutes. Propria servitutis imminutio est, cum ad imminutionem superiorum rerum una aliqua accessit, quarum adiectio quomodo servitutem a reliquo omni iure superiore distinguat & separet, in extremo definitionis dicetur: Denique nihil aliud est servitus, quam, dominio apud dominum manente, libertatis [7] dominicæ imminutio. Porro, quæ dominus rem suam habens iure suo libere facere potest in re sua, duo sunt: re sua uti, ut vult; & in ea quidvis facere: tum si quis alius ea re uti velit, prohibere, & ab eius usu arcere omnes. In suo, dicebat Aristo, licet alicui facere, quod videtur: sed hactenus, dum in alienum nihil immittat. Cæterum immittentem a domino prohiberi posse. *L. sicut, §. Aristo, si servit. vind.* Quare horum alterum servitutem necessario faciet, si aut quid pro iure domini facere in re sua non poterit; aut alterum in ea re quid facientem cogetur pati: in quibus & servitutem consistere dicimus; nempe rem positam in rebus contrariis & libertatis privationem afferentibus. Quod cum dicimus, nimirum hoc dicimus extra hæc duo servitutem non esse.

XII. Hinc potest expediri ratio de plerisque oneribus velut in alieno constitutis, cur cum propter onus iniunctum servitutes videri possint: placeat tamen non esse servitutes. Cuius generis onera sunt tria, quorum similitudo ne nos decipiat, hæc pars efficiet. Primum ergo si convenerit, ut dominus nostri commodi caussa in re sua aliquid faciat, veluti prospectus nostri caussa viridaria aut arbores tollat e suo, aut pingat in suo quo nobis amœniorem prospectum præstet: ut maxime videatur ea re infringi libertas domini, cuius in potestate est, hæc in suo non facere; tamen [8] servitus non erit. *d. L. quoties nec, §. ult. de servit.* non quod qui promisit hæc se facturum in suo, non obligetur: Obligatur enim, ut faciat; ac nisi facit, tenetur in id, quod nostra interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus: *§. ult. Inst. de verb. obl. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus, D. eod. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re iud.* Sed quia obligatio hæc erit, non servitus constituta. Effectus hic est: In eum, qui promissione obligatus est, heredemque eius actio in personam dabitur, ut est conditio actionum in personam. *L. actionum, D. de obl. & act. Inst. de perp. & temp. act.* Prædio autem alienato, in quo dominus ex conventione illa facere debebat, actio non sequetur novum possessorem, qui nobis nulla ex caussa unquam fuit eo nomine obligatus: quod tamen futurum erat, si esset constituta servitus. *L. cum fundo, D. de servit. rust. præd. L. neque D. quib. mod. usufr. amitt.*

XIII. Excipitur tamen ex hoc numero [9] servitus oneris ferendi, in qua uti convenit, ut paries oneri ferendo uti ab initio erat, ita semper esset: sic obtinuit de ea agere me cum vicino posse, ut & onera ferat, & præterea parietem reficiat: etsi quibusdam veteribus ex superiore regula videbatur non posse ita servitus imponi, ut dominus prædii aliquid facere cogeretur. *L. & si forte, §. etiam, D. si servit. vind. L. eum debere, D. de servit. urb. præd.* Excipiendi ratio duplex. Primum, quia convenit hoc non principaliter constitui, sed per [10] consequentiam servitutis prius recte impositæ, qua scilicet mihi ipsi licet in alieno quid facere, puta onera ædium mearum in eum parietem immittere: multa autem admittuntur per consequentiam rei promissæ, quæ si fiant principaliter, non conceduntur. *L. 1. D. de auct. tut. L. hanc legem,*

7) Servitus omnis est legitima diminutio dominii. Duo præstat dominium. (1) Ius libere disponendi (2) Prohibendi, ne alter invitus in ea re agat. Alterum duorum agitur in servitute & vel deminuit dominium qua parte tribuit ius disponendi, vel deminuit facultatem prohibendi, ita Alex. Turam. *Epist. acad.* 4.

8) Multo minus igitur aliud est genus servitutis, quod (uti hoc passionis) actionis sensu accipiatur, ceu vult Baldun. *in Prolegom. tit. I. de servit. n.* 5. ex. gr. si libertas ea lege alicui relicta ut stato tempore lucernam accendat monumento, & solemnia mortis peragat *L.* 71. §. 2. *de cond. & dem.* Quare nec vera erit servitus illa, qua rustici coguntur uno molendino uti ad quæstum domini, qui illi pago præest, quam novam & barbaram vocat Bald. *ad §. inter.* 2. *I. de serv.*

9) Hic Hotom. 2. *Amic.* 17. singularem quandam, abnormem ac quasi spuriam huius servitutis naturam esse. Et Vit. 2. *Var. Lect.* 1. *n.* 3. id esse specialiter introductum contra servitutis naturam per verba *d. L.* 6. §. 2. *in proposita specie.*

10) Servitutis illius Lex hæc: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit d. L.* 33. Ergo per se hæc servitus in patiendo, per consequentiam in faciendo vel non patiendo, id est in reficiendo pariete, & non patiendo illum labi vel ruere. Hotom. 2. *Amic.* 17. Sed hæc ratio, quæ Fulgosii est, & Corasii ad *L.* 15. §. *I. h. t. n.* 2. displicet Io. Superiori *ad L. quoties* 15. §. 1. *h. t. n.* 1. *&* 3. hanc reddenti, quia alius magis serviret, qui refectionis sumptus faceret, quam qui onera ferret, quia huic semper paries integer foret alterius impensa.

gem, & 2. seqq. *D. de contrah. empt.* Deinde in hac specie servitutis reficere parietem propemodum eiusmodi factum est; ut sit necesse a vicino impleri, si velimus servitutem consistere. Nam parietem invito eo reficere in eius solo non possum, ubi nihil eiusmodi aperte convenerit: & ut forte liceat, aut etiam volente eo faciam: tamen paries ei acquiretur, non mihi, cum omne ædificium cedat solo; nec possit alius esse, quam cuius est solum. *L. adeo*, *§. cum in suo*, *D. de acq. rer. dom. L. ult. D. de superf.* In omni autem servitute id agendum est, ut habeatur nobis sine ullo incommodo & damno rei familiaris: alioqui videatur nobis non ius, sed damnum constitutum. Nunc autem servitus ius est. In cæteris omnibus caussis nihil exceptum est, quominus placeat, si convenerit, ut quid faciat quis nostra caussa in suo, servitutem non esse: & quod idem est, servitutem eiusmodi imponi cuiquam non posse. *d. L. etsi forte*, *§. etiam*, *si servit. vind. d. L. quoties nec*, *de servit.*

XIV. Huic simile est, quod sequitur: nam si quod sit nobis ius constitutum reditum aliquem aut fructus annuos fundi petendi, & accipiendi, etsi nominatim designatus sit fundus, unde illi sumerentur: si tamen nobis sumendi ius datum non est, sed domino sumendi & dandi: obligatio & hic erit constituta, non servitus. Utputa, vendidisti mihi, aut promisisti centum modios frumenti annuos ex fundo tuo Corneliano te mihi, aut etiam prædiis meis præstaturum. Obligari te mihi constat, ut eos modios quotannis præstes. At si fundum Cornelianum vendideris, ut maxime vendideris hac lege ut eo [11] iure, eaque conditione apud emptorem esset, quo apud te erat: placet tamen hoc ius non sequi emptorem: emptorem denique mihi eo nomine non teneri. Responsum ex facto in *L. ult. §. ult. D. de contrab. empt.* Quo non aliud significatur, quam superiore conventione, & iure mihi constituto servitutem constitutam non videri: nam alioqui, vendito fundo, servitus sequeretur prædium, ac per prædium emptorem. *d. L. neque*, *quib. mod. usufr. amitt. d. L. cum fundo*; *de servit. rustic. præd.* Idem iuris est in simili legato. Testator ita cavit: Lucio Titio præstari volo ex prædiis Cornelianis annua arundinis millia tot, & salicis mundæ annuas libras tot. Paulus negat servitutem ullam his verbis constitutam, in *L. Caius*, *D. de ann. legat.* Idem est in hoc legato: fundi Æbutiani reditus uxori meæ quoad vivet, dari volo. Unde & fundum sine onere huius præstationis vendi posse placuit. *L. fundi*, *D. de usufr. leg.* Hæc ideo, quia ius ista sumendi & dandi domino relictum est; nobis autem, quibus dari debent, nullum ius datum eo nomine quid faciendi in alieno invito domino: quod natura servitutis exigit.

XV. Postremo tributa & vectigalia, omnesque in universum pensitationes publicæ, quæ a certis prædiis debentur, onera esse constat prædiis cohærentia, & quidem ea, quæ prædia alienata sequantur, ac propter prædia possessores. *L. Imperatores*, *D. de publican.* Non sunt tamen servitutes, nec quisquam unquam eo nomine appellavit. Fit hoc eadem ista ratione, qua illa superiora, quod in vectigalibus & publicis pensitationibus nihilomagis fisco ius est ista sumendi ex prædiis, quam licet privatis in superioribus conventionibus & legatis. Tantum fisco illa petendi ius est: dominis ius relictum, ut dent & solvant, cum debentur: unde & tributi & pensitationis verbum. Quod autem in his omnibus potestate domini ista sumendi aut faciendi data, placet servitutem non esse; hanc rationem habet, quod dominus ea faciens in suo, non potest nisi iure libertatis facere, quæ dominis in re sua iure data est. Facere enim poterat, etsi non esset obligatus. Porro quod iure libertatis fit, non potest fieri iure servitutis; cum sint hæc contraria. Proinde nec in his a domino faciendis potest videri inesse servitus.

XVI. Quod restat in definitione, hic servitutis finis est proprius: ut quidquid nobis constituit quis in suo pati, aut non facere, nisi constituatur [12] commodi nostri caussa, constitutio non valeat, eoque nec sit servitus. Hoc enim est, quod idem Pomponius ad naturam servitutis pertinens endem loco scribit, id est, *d. L. quoties nec*, in pr. de servit. *quoties nec hominum nec prædiorum servitutes* sunt, non valere. Non intelligit eas non valere, si non sint nec personarum, nec rerum servitu-

11) Quia ibi tantum contracta obligatio in personam L. Titii eiusque heredum, a quibus non recedit. Cuiac. 24. *Obs.* 22. & fundus expressus caussa designandæ & demonstrandæ solutionis tantum, vid. Alvar. Valasc. *Tur. Emphyt.* *Q.* 32. *n.* 17. Secus est in contractu censuario (quem iuri civili ignotum puto) quo ius in rem constituitur.

12) Servitutum ea natura est, ut alicui serviant, id est utilitatem adferant. Quemadmodum enim ex parte servientis debet esse patientia domini: ita ex parte dominantis usus, seu actio, quam alter patiatur, neque alterum sine altero esse, aut intelligi potest. Hotom. 8. *Obs.* 11.

tutes, ut hæc accipiuntur In divifione fervitutum. *L.* 1. *de fervit.* Hac enim ratione non debent dici fervitutes non valere, fed nullas effe, quia non plura genera funt fervitutis. Sed nec illud deberet dici, ideo eas hoc cafu non valere, quia noftra nihil intereft, ut rationem interferit: nam etfi noftra intereffet iftiufmodi iura nobis conftitui, fi tamen nec perfonarum, nec rerum fervitutes effent; omnino fervitutes non effent, fed tantum obligatio conftituta. Hoc ergo dicit; quoties nec in rem hominum, nec in rem prædiorum fervitutes funt; aut, quoties non ita funt fervitutes conftitutæ, ut poffint dici homines vel prædia in his aliquid fibi proprium habere, quo vere dicantur hominum effe aut prædiorum: toties fervitutis conftitutionem non valere, quod & exemplis & ratione explicat. Exempla hæc; veluti, inquit, ne per tuum eas, aut ibi confiftas: ne ius fit tibi fundo tuo uti frui. Ratio, quia, inquit, vicinorum, quibus ifta conceduntur, nihil intereft. Non negat, fi hæc valere poffent; fervitutes futuras fuiffe, & recte. Quidquid enim dominus in re fua cogitur non facere, aperte habet imminutionem libertatis eius, quæ eft propria dominorum in re fua; hæc autem imminutio fervitus. Sed ait conftitutione nihil agi, conftitutinnem nnn valere, quia vicinorum nihil intereft. Recte hoc quoque. Quippe ita eft fere conftitutio fervitutis, ut aut pactionibus conftituatur; aut teftamento; aut lege. Si pactione: ftipulationes, & conventiones omnes inventæ funt, ut unufquifque acquirat, quod fua intereft. *L. ftipulatio ifta*, *§. alteri*, *D. de verb. obl.* Si teftamentum: & legatum, qund ei, cui datur, inutile fit, nullius momenti eft. *§. ex contrario*; *Inft. de legat.* Si lege: multo minus lex imponat alicui rei fervitutem, quæ ei cui tribuitur, nihil commodi afferat. Legis enim & iuris omnis æquitas hæc eft, ne indulgeatur hominum malitiis. Eft autem malitiæ manifeftæ exigere ab alio, quod illi noceat, exigenti nihil proficit. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Quapropter nulla poteft effe conftitutio fervitutis, cum ita fervitus eft impofita, ut hoc modo conftitutam effe agentis nihil interfit.

XVII. Servitutem pro cnmmodo noftro conftitutam effe cum volumus, non hoc exigitur, ut ftatim ei cui conftituta eft, fit utilis. Sufficit [13] natura fua talem effe, ut quandoque poffit effe utilis. Idque effe omnes recte acceperunt, quod dicitur in *L. ei fundo*, D. de fervit. *fervitutem fundo imponi poffe*, *etfi non utilis fit* veluti, ut *aquam ducere alicui liceat*, etfi *eam ducere non expediret*; *& fi non fit utilis*, id eft, etfi non fit in præfentia, cum conftituitur: etfi tunc non expediat ducere, quia prædium noftrum aqua aliunde quæfita non egeat. Sed nihilominus Ipfum per fe ius aquæducendæ utile eft. Prodeft enim habere faltem ad cafus repentinos & poftea incidentes; ac maximæ partis bonorum noftrorum utilitas in eo eft, ut fit parata ad ea, quæ ufus poftea aut neceffitas poftulabit. Commoditatem in fervitute recte conftituenda exigimus, non utilitatem fimpliciter. Quod en fpectat, ut fi vel amœnitatis, aut voluptatis tantum caufla fervitus conftituta fit, puta aquæductus, fufficiat id ad fervitutem. *L. hoc iure*, in pr. *D. de aq. quot. & æft.*

XVIII. His ergo rebus definita eft natura fervitutis: quam definitionem rectam effe inde intelligimus, quod non folum oftendit quid fit fervitus, fed etiam efficit, qund fit proprium fervitutis, rem a communione eximens, & certis notis eam feparans a reliquo omni iure, quod fimiliter in re aliena effe fupra diximus. Ius emphyteuticum & fuperficiarium, iura funt & Ipfa In re aliena; & iura in ea re verfandi & faciendi quodlibet, idque invito domino: fed faciendi omnia velut domini iure. Servitus ius aliquid faciendi, non omnia. Ius bnnæ fidei poffefforis, & ipfum ius eft faciendi aliquid, non omnia: at non invito domino, fed tantum Ignorante aut ceffante; fervitus etiam domino invito. Ius pignoris, ius aliquid faciendi in re aliena, & quidem invito domino: fed non folius creditoris cauffa conftitu-

[13]) Si ius tale utile effe poffit, & vel perfonis vel prædiis plerumque ufui effe foleat, licet huic vel illi, cui conftitutum eft, nunc non expediat, Baro *in d. L.* 15. & Duar. *ib.* fufficere, fi natura fua aliquando ufui effe poffit. Servitus non valet, quæ fua natura inutilis, *d. L.* 15. aliud fi per accidens loci & temporis, quæ alio loco & tempore poteft effe utilis, Hotom. 8. *Obf.* 11. Facit *L.* 55 *de Ufuf.* Aliter Conn. 4 *Comm.* 7. *n.* 3. qui præfentem utilitatem requiri fcribit; fed eam non ex veritate, verum animo pacifcentis nos metiri. Ex. gr. Ne altius tollat, fervitus confiftit, quamvis fi altius tolleret vicinus, id commodaret ædibus meis. Quod refellit Io. Superior *ad d. L.* 15. *n.* 3. & per *L.* 5. *in fin. de fer. ruft.* & quia alias nec fingi poffet cafus fervitutis inutiliter conftitutæ. Aliter Pac 3. Q. 54. In *d. L.* 15. non dici fimpliciter non valere fi domini nihil interfit: fed in iis cafibus, quibus nihil pervenit ad prædium dominans, ut in exemplis fubiectis, & Vital. 2. *Var. Lect.* 2. *n.* 11. quod fi aliquid nobis aut prædiis noftris aducant utiliter conftitutæ, etfi utiles non fint per rationem in *d. L.* 19. adiectam. Aliter Govean. 1. *Var. Lect.* 15. aliter Rob. 3. *Sent.* 24. vid. & Ioan. del Caftillo *de Ufuf. Cap.* 49. *n.* 11. *& feq.* Coraf. *in Rub. h. t.* Marc. Lyclama Lib. 2. *Membran. Eclog.* 7.

ftitutum, verum & debitoris. §. *ult. Inft. quib. mod. re contrah. obl.* Servitus ita ius faciendi aliquid in re aliena invito domino; ut fit & folius noftri commodi cauffa.

CAP. XXII.

Servitutum genera duo, Perfonarum, & Rerum. Ab ea parte cui fervitus debetur, effe has appellationes, non ab ea, quæ debet. Ab hac omnem fervitutem effe rei, cum omnis in re confiftat: quæ non item alii rei debeatur, fed alias perfonæ, alias alii rei. Genera fervitutum, quæ in rebus confiftant, plura non effe: & vulgaris divifio hic notata.

Nexus, atque ordo, rerumque partitio. I. *Servitutum duo genera; & quæ. Utriufque generis accurata definitio*. II. *De fervitutis hoc aut illo genere, ex re cui debetur, æftimandum*. III. *Divifio fervitutum veteribus folemnis*. IV. *Accurfii partitio accurate refellitur*. V.

I. REcognita, de qua quærimus, de iure rei videndum eft. Quod hic quæritur, eiufmodi eft. Diximus fervitutes feu fervitutum iura etiam nobis in alieno haberi. Id agitur, ut fi qua iftius generis fervitus noftra eft, ea recte habeatur, & eam iure nobis tueri liceat. Servitus ita noftra eft, fi & iure nobis quæfita fit in alieno; quæfita, nondum amiffa. Hanc autem tuemur, uti natura & conftitutio cuiufque defiderat, & tuemur opportunis remediis ad eam rem conftitutis. De his quæritur. Quamobrem de fervitutis iure, ut de cæteris rebus noftris, tres funt quæftiones: Quomodo nobis acquiratur; Quæfita quid contineat, & quomodo conferverur; tum Quomodo amittatur. De his non idem ius eft in omni fervitute. Variantur ifta pro genere fervitutis. Ideo de his ex genere fervitutis iudicandum. Hinc fervitutum divifio, cuius ufus hic ab initio: ut, generibus fervitutum propofitis, tum deinde ex unoquoque de fervitutis acquifitione, iure, amiffione ftatuatur. Quem ordinem recte fervatum videmus in Pandectis in hoc argumento, & ad eum accommodatam effe omnem fervitutum tractationem.

II. Servitutum duo [1] funt genera. Quædam funt perfonarum, quædam rerum fervitutes. Divifio tradita in *L. 1. D. de fervit.* Perfonarum fervitutes dicuntur, quæ perfonæ debentur: Rerum, quæ debentur rei: & quoniam non poffunt effe rerum: nifi fint prædiorum; ideo dicuntur rerum fervitutes, quæ in prædio conftitutæ debentur prædio. Sic eft Papiniani definitio in *L. unus, D. de fervit. ruftic. prædior.* Cui congruit illa defcriptio Ulpiani, cum perfonarum fervitutes ita demonftrat, ut eas dicat, quæ perfonis dantur: rerum feu prædiorum ita, ut vocet eas, quæ dantur prædiis. *L. 1. §. permittitur, D. de aq. quot. & æft.*

III. Hæc definitio eo pertinet, ut intelligamus, cum quæritur, utrum fervitus fit perfonæ, an rei five prædii; æftimandum effe non [2] ex re, quæ debet fervitutem, fed ex ea, cui debetur fervitus. Rem, quæ debet, fi fpectamus, omnes fervitutes tam perfonarum, quam rerum & prædiorum funt unius generis. Omnes enim funt in re aliena, nam & ufusfructus & ufus, quæ funt perfonarum fervitutes, eiufmodi funt. *L. 1. D. de ufufr. L. 1. D. de ufu & hab.* Conftituuntur hæc in rebus alienis mobilibus, fed maxime & in prædiis, ut fundo & ædibus, non minus quam prædiorum fervitutes. §. *conftituitur, Inft. de ufufr. L. 2.* & deinceps, *D. de ufu & hab.* Omnes quoque fervitutes in re, in qua confiftunt, pariter rei cohærent, & eam fequuntur, atque una earum rerum poffeffores. Servitus prædii prædio alienato fequitur prædium. *L. via, §. fi fundus, L. cum fundo, D. de fervit.*

1) Addit Bodin. in *Diftrib. iur. univ. p.* 18. 3. fpeciem Miftam, alio tamen fenfu quam quo DD. Nam tales effe vult Operas, Homagium pro feudo, & Redditus prædiis impofitos. Quas non effe fervitutes ex *C. prae.* facile convincitur.

2) Vult. in *pr. I. de ferv. n.* 6. Omnes quidem omnino res, nec tantum fervitutes, perfonarum cauffa comparatæ, & quidem principaliter *L. 2. de ftat. hom. L.* 28. §. 1. *de Ufur.* Sed diftinguit perfonales a realibus, quia illæ cum perfona exftinguuntur, hæ fecus, fed res ipfas comitantur. Vital. 2. *Var. Lect.* 1. *n.* 5. Tobias Paurmeift. *Li. 1. de iurifd. C.* 28. *n.* 5. Rerum Servitutes dici, non quod a prædio dominante habeatur & poffideatur, fed quia non debetur nifi a domino prædii cui impofita. Sicuti in fimili actio realis, non quafi detur adverfus rem: fed quia contra perfonam, non ob obligationem: verum quia poffidet rem iftam.

servit. rustic. prædior. Eodem modo usufructus atque usus sequitur rem alienatam, in qua prius hæ servitutes fuerint constitutæ. *d. L. neque D. quib. mod. ususfr. amitt.* Sciamus igitur, cum servitutes dicuntur esse personarum aut rerum, non hoc significari servitutes esse in personis aut rebus: cum ab ea re, quæ servitutem debet, omnes sint in rebus alienis, & hactenus omnes sint rerum: sed ab ea re, cui servitus debetur, esse hanc distinctionem, ut quoniam aliæ personarum caussa constitutæ sunt; aliæ rerum, atque his debentur: inde illæ dicantur esse personarum: hæ rerum. Argumento certissimo erunt illæ aliæ formulæ veterum tam multæ, quibus hanc divisionem expresserunt. Nam quæ a Marciano dicuntur personarum aut rerum servitutes plurali numero in *d. L. 1. de servit.* hæ ab aliis fere appellantur numero singulari aliis in locis, ut aliæ dicantur esse personæ, aliæ prædii, ut in *L. si quis unas* 32. *D. de ususfr.* aut aliter, quædam in personam esse, quædam in rem, ut in *L. Caius, D. de ann. leg.* & eodem sensu, quædam esse hominis, quædam prædii, ut in *B. si mihi eodem*, in fin. *D. de serv. rust. præd.* Quæ omnia declarant personarum aut rerum servitutes non dici, quia sint utrinque in personis, aut utrinque in rebus: sed quia sint unius personæ, aut unius prædii, quod dici non potest, nisi de ea sive persona, sive prædio, cui debeatur servitus, & in cuius velut iure servitus habeatur.

IV. Genera servitutum veteribus cognita non plura, quam hæc duo, ut superiores divisiones clare probant.

V. Non recte vero [3] Accursius, qui hanc divisionem veteris iuris velut suggillans duo genera adiecit ad *L. 1. D. de servit.* & eam, quæ nostris servitus personarum dicitur, mistam appellavit. Sic autem illi divisio instituitur, quam & sequitur vulgus interpretum, ut servitutum quædam sit mere personalis, quædam mere realis, quædam mista; & hæc mista rursum duplex: una, cum servitus a re debetur personæ: altera, cum a persona debetur rei. Mere personalem vocat, quæ utrinque in personis est, ut debeatur a persona personæ. Ea est autem hominum servitus, de qua in *L. 4. D. de stat. hom.* & de qua in iure personarum diximus. Mere realem eam dicit, quæ utrinque consistit in rebus, ut & res sit, quæ debet, & res ea, cui debetur. Quam iuris auctores servitutem rerum vocant, & servitutem prædiorum. Mistam nominat, in qua intervenit res & persona, ut vel res servitutem debeat personæ, vel persona rei, quas huius generis species duas statuit. Quæ multis modis vitiosa & fugienda divisio est, cuius vitia paucis indicabo, ne nos quoque illa eodem errore involvant.

VI. Primum vitium est, quod adsciscitur in hanc divisionem servitus hominum, qua illi dominis suis servitutem serviunt. Sane vero hæc servitus est, & vere servitus: sed, ut admonui *Cap. superiore*, non ea, quæ cum his, de quibus nunc agimus, possit eidem generi subiici. Ostendi enim aliter dici servitutem in hominibus servis nostris; aliter eam quæ est in rebus cæteris alienis. Quod cum ita sit: sit, quod res declarat, & eodem loco adieci, ut servitutem in has species dividere, hominum sit naturalem legem rectæ divisionis ignorantium. Nam species alicui generi subiectæ non possunt esse species, nisi unius generis; unius dico, quod sit re unum genus, non nomine dumtaxat. Denique non magis servitus [4] dividi potest in eam, quæ est servorum hominum, & eam quæ debetur a rebus alienis, quam taurus ita dividi, ut dicatur alius esse animal; alius sydus; alius mons in Thessalia hoc nomine. Dicuntur quidem omnes isti tauri: sed non in eadem re, non eadem significatione, quæ res facit, ut non sint species unius generis, quod vocetur taurus, etsi omnes eodem nomine appellentur. Facere igitur oportuit, quod supra fecimus, monere videlicet servitutis verbum esse ambiguum: servitutem in hominibus suo quodam modo dici eam conditionem, qua homines sunt servi, & eam esse unius generis, *§. ult. Inst. de iur. pers.* Alio modo servitutem dicere nos in rebus alienis, de qua nunc agimus in iure rerum privatarum. Huius autem iuris sive servitutis duo genera illa esse, quæ supra diximus, & hæc quidem sola. Alterum vitium est, quod Accursius mistam servitutem vocat eam, quam nostri servitutem personarum, quia in hoc genere constituendo illinc res intervenit, quæ servitutem debet; hinc persona, cui debetur.

3) Bart. *ibid.* quam divisionem probat Barth. Cæpolla *de Serv. urb. C. 1. & C. 3.*

4) Ita & Duar. *ad Rub. D. h. t.* Et eamdem divisionem reprobat Vital. 2. *Var. Lect.* 1. Ac inepte, scribit, DD. a traditionibus Iurisconsultorum recessisse, qui, quas illi mistas, personales vocant. Licet autem & alieni servi possit esse ususfructus, tamen nec hic servitus debita personæ a persona, quæ servi iure Civili nulla, sed rerum appellatione venit. Vid. & de hac divisione Gomez. 2. *resol.* 15. *n.* 1.

tur. Nullæ enim servitutes mistæ dicendæ sunt, sive in servitute spectemus conjunctim res duas, ex quibus servitus consistit, sive spectemus per se singulas. Ambas quidem permistim hic spectare non possumus, nec debemus. Alioqui isto modo liceat dicere etiam prædiorum servitutes esse mistas, quia constant ex duabus rebus numero diversis, quarum una servitutem debeat, alteri debeatur. Quod Accursius neque dicit, neque sentit. Res autem, ex quibus servitus consistit, separatim spectantibus, ne sic quidem servitus mista dici potest. Sic enim mistam dici oporteret, aut in qua mistim res & persona servitutem deberet, aut in qua mistim personæ & rei servitus deberetur. Quorum neutrum dici potest. Nam a qua parte servitus debetur, una tantum res est, quæ servitutem debet, non etiam mistim res & persona, quæ debeat. Cui autem parti debetur servitus, quæ dicitur personæ, in ea una est persona, non mistim persona & res, cui servitus debeatur. Nullo igitur modo servitus mista dici potest. Iam & illud tertium per se falsum, quod servitutis illius suæ mistæ speciem facit, ut & persona servitutem debeat rei: quod fieri ostendit, cum dominus servum suum manumisit ea lege, ne a monumento suo recederet, aut ut in illa civitate domicilium haberet. Placet quidem in liberto iussum testatoris servandum. *L. Mævia, D. de manumis. test. L. Titio, 71. §. 2. D. de cond. & demonstrat.* & præterea his rebus infringi ius libertatis, si quis pareat, cum res ipsa docet, tum Papinianus scribit in *d. L. Titio, §. 2.* Sed non ideo his rebus constituitur ulla servitus: constituitur tantum obligatio personalis, qua libertus ad superiora officia præstanda obligatur. Exitus obligationis hic, ut nisi libertus præstet, quod debeat ex testamento, condemnetur in id, quod heredis interest, ut fit in obligationibus faciendi omnibus. *L. si quis ab alio, in fin. D. de re iud.* In quo computabuntur sumptus, quos heres coactus est facere, dum alios adhibet, qui idem facerent, quod libertus debuit. Fortasse etiam extra ordinem cogi poterit a magistratu libertus, ut id faciat, indicta mulcta. Nam hoc magistratus remedium est ad cogendum. *L. 1. §. ex hoc rescripto, D. de inspic. ven.* In similibus autem petitionibus testatoris dum petit, ut legatarius quid faciat, quod pecunia non potest recte æstimari, legimus isto modo legatarium extra ordinem ad faciendum cogi, ut cum rogatus est filios suos emancipare. *L. si cui legatum, D. de condict. & demonstrat.* Cæterum superiore iussu aut obligatione nullam servitutem induci, sic facile colligi potest: Aut enim erit hæc servitus in persona, ut persona, id est, ea servitus qua fiunt homines servi: aut erit in re, ut in re qualis est ea, qua res quæque servire dicitur. Nulla hic servitus in persona. Convenit enim eum, a quo testator illud petiit, nihilominus libertatem consequi, & liberum manere, sive iussui pareat, sive non pareat. *d. L. Mævia, de manumis. test.* Non est in re, quia si verum est exceptis servis nulli rem suam servire, ut ante dixi; non poterit cæteris in rebus esse servitus, nisi in re aliena. Liber autem homo non potest dici alienus, qui non est in dominio aut bonis cuiusquam. *L. inter, §. sacram,* illic, *nam de his, D. de verb. obl. §. 1. Inst. de inut. stip.* Ne quis nobis hic obiiciat adscripticios, qui addicti certo prædio inde se movere non possunt, sed ibi opus facere coguntur, & quodammodo eius prædii pars sunt. *L. quemadmodum, C. de agricol. & cens. Lib.* 10. Nam adscripticii servi sunt, ut docuimus supra *Lib. 2. Cap. 9.* Proinde hi, qui, ubicumque sint, & cuicumque operi destinati, domino suo serviant, eius iussum & imperium sequentes. Stet igitur divisio veterum, ut servitutum, quæ habeantur in alienis rebus, genera sint hæc duo, neque plura, ut quædam sint personæ; quædam rei seu prædii.

F I N I S.